

REVISTA DA
AGU

volume 20 nº 01- Brasília-DF, jan./mar. 2021

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

Revista da AGU	Brasília	v. 20	nº 01	p. 1-244	jan./mar. 2021
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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

José Levi Mello do Amaral Júnior

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

ABNT(adaptação)/Diagramação: Gláucia Pereira

Capa: Gláucia Pereira

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-).

A partir 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

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União.
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

EDITORA ASSISTENTE

Gláucia Maria Alves Pereira

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 GUIMARÃES 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/PR)

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/CE)

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
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). 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/DF)**

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/SC)

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

**ANA ELIZABETH LAPA
WANDERLEY CAVALCANTI -
FMU/SP**

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unida - FMU.

**ADELICIO MACHADO DOS SANTOS
- INSTITUTO DE CONHECIMENTO**

APLICADO/SC

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Diretor-Executivo do Instituto de Conhecimento Aplicado.

**CHARLISE PAULA COLET
GIMENEZ - URI/RS**

Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI.

DANIELA BUCCI - USCS/SP

Doutora e mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). coordenadora do Observatório de violação de direitos humanos da região do Grande ABC (ODHUSCS) da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação Universidade Municipal de São Caetano do Sul.

**DOMINGOS DO NASCIMENTO
NONATO - SEDUC/PA**

Doutorando e Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos. Pesquisador junto ao Núcleo de Pesquisas e Estudos sobre Crime e Criminalidade. Advogado. Professor efetivo de História na Educação Básica (Ensino Médio) junto à SEDUC/PA.

**EDNA RAQUEL RODRIGUES
SANTOS HOGEMANN - UNIRIO/RJ**

Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio.

**EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA-
UCB/DF**

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na graduação e no mestrado da Universidade Católica de Brasília. Professor e orientador pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República.

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA -
UERR/RR**

Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre e Doutor em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima (MPRR). 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).

**EDUARDO MARTINS DE LIMA
FUMEC /MG**

Doutor em Sociologia e Política e Mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessor Parlamentar na Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Foi professor e Reitor da Universidade FUMEC/MG.

**FERNANDO RODRIGUES DA
MOTTA BERTONCELLO -
BRADESCO/SC**

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre com dupla titulação em Direito Internacional e em Direito Americano e Transnacional pela

University of Miami, Estados Unidos. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Direito Público e em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Professor convidado do programa de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, do programa de pós-graduação da Escola Paulista de Direito e professor do CPP Concursos.

**FLÁVIO ROBERTO BATISTA -
AGU/SP**

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor da Escola Paulista de Direito Social e Procurador Federal junto à Procuradoria Seccional Federal em São Bernardo do Campo/SP.

**FRANCISCO DIAS DE OLIVEIRA
JUNIOR - ANTAQ/CE**

Mestre em Direito Privado (UNI7). Especialista em Direito Constitucional (Uniderp-LFG), MBA em Regulação de Serviços Públicos (FGV), Especialista em Direito e Processo Tributário (Unileão) e MBA em Gestão Empresarial (FGV). Professor convidado da pós-graduação na UNI7 e da pós-graduação da UNICHRISTUS. Especialista em Regulação na Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.

**GABRIEL WEBBER ZIERO -
UNIVERSIDADE DE ZURIQUE/
ALEMANHA**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade Roma Tre e Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (LL.M.) em Direito Internacional Público com ênfase em Justiça, Paz e Desenvolvimento pela Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais). Professor (Lecturer) no programa de especialização (CAS) em Finanças Sustentáveis organizado pela Universidade de Zurique.

GIOVANNI OLSSON - PUC/RS

Doutor e Mestre em Direito (UFSC). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Comunitária Regional (UNO-SC).

**JOSANNE CRISTINA RIBEIRO
FERREIRA FAÇANHA - UNDB/MA**

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Doutoranda e Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Uniceuma). Especialista em Direito Público (Universidade Gama Filho - UGF). Especialista em Linguística Aplicada e Ensino de Línguas (Faculdade COC). Professora do Centro Universitário Dom Bosco (UNDB), Faculdade Pitágoras de São Luís e do Núcleo de Educação à Distância da UFMA (NEAD/UFMA)

**JOSÉ CARLOS KRAEMER
BORTOLOTI - IMED/RS**

Doutor e Mestre em Direito. Advogado. Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED.

**JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA
SILVA - UFCG/PB**

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em Gestão de Águas pela Universidad de Alicante, Espanha. Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba. Doutor em Ciências Sociais. Doutor em Direito e Desenvolvimento. Mestre em Sociologia. Professor da Universidade Federal de Campina Grande.

**JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO
NETO - ESTÁCIO DE CURITIBA/PR**

Pós-doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Professor Pesquisador do UniBrasil. Professor titular da ESTÁCIO Curitiba. Professor convidado da Pós-graduação em Direito Administrativo da Universidade POSITIVO. Professor convidado da Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE. Advogado.

**JOSÉ OTÁVIO DE ALMEIDA
BARROS JUNIOR - USP/SP**

Doutorando e Mestre em Saúde Coletiva pela UNESP. Advogado, sócio da Otávio Barros Advogados. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Instituição Toledo de Ensino - Faculdade de Direito e Professor de Direito do Trabalho e Prática Jurídica Trabalhista na Instituição Toledo de Ensino - Faculdade de Direito.

LEVI HULSE - UNIARP/SC

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica. Advogado. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP - SC.

LOIANE PRADO VERBICARO - UFPA/PA

Doutora em Filosofia do Direito. Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais e em Ciência. Professora da Universidade Federal do Pará - UFPA.

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ - PUC/SP

Doutora e Mestre em em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de pós-graduação lato sensu da PUC/SP e da ESA - OAB/SP. Advogada e Consultora Jurídica em São Paulo.

MARCILENE MARGARETE**MARQUES - UVA/RJ**

Doutoranda em Direito pela UVA-Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito Previdenciário pela UCP-Universidade Católica de Petrópolis. Professora conteudista, de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

MÁRCIO CARVALHO FARIA - UFJF/MG

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

OLIVIA DE QUINTANA FIGUEIREDO PASQUALETO - FGV/SP

Doutora e Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora da Universidade Paulista. Professora da Universidade São Judas Tadeu. Professora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

ROGÉRIO PICCINO BRAGA -**UNOPAR/PR**

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional - Coordenador do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - Unopar/Bandeirantes. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR) e na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. Advogado.

SONIA APARECIDA DE CARVALHO**- UFPR - PR**

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Dupla Titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha - Doctora en Derecho pela Universidad de Alicante. Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito.

URÁ LOBATO MARTINS - ESMAC/PA

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela UFPA. Advogada desde 2004. avaliadora (área jurídica) incluída no Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS). Docente e Coordenadora do curso de Direito da ESMAC.

WAGNER SILVEIRA FELONIUK - FURG/RS

Doutor em Direito. Mestrado Acadêmico. Editor da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul e da Revista Brasileira de História & Ciências Sociais. Professor Adjunto de Direito Constitucional no Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande.

AUTORES

ADRIANO DE ÁVILA FURIATI - AGU/DF

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Pós - Graduação em Direito Público (Escola Superior do Ministério Público do DF e dos Territórios), Pós - Graduação em Advocacia Pública (Instituto de Desenvolvimento Democrático em parceria com a Universidade de Coimbra). Procurador Federal – AGU.

ADRIELLY PINTO DOS REIS - UFES

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

ALLAN GOMES MOREIRA - CESUPA
Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RIO. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Belém - FABEL. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA.

ALESSANDRA RIBOLI - OAB/RS
Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Advogada.

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO - IBMEC/BH
Pós-Doutor pelo Instituto de Saúde Pública da Universidade do Porto. Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH.

ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO - PUC/MINAS
Revisor técnico e tradutor do artigo. Professor Titular de Teoria e Filosofia do Direito da UFMG e Professor Adjunto da PUC-Minas.

BRUNA VELLOSO PARENTE - UFG
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

CESAR RIBOLI - URI/RS
Doutor em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Direito Tributário, em Civil e Processo Civil, em Contabilidade Gerencial e em Docência do Ensino Superior. Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Prática Fiscal. Advogado.

CLARISSA SAMPAIO SILVA - AGU/CE
Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2007), devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2008). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada da União – AGU.

CRISTINA AYOUB RICHE - UFRJ
Doutora e Mestre em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia, pela UFRJ. Pós-Graduada em língua e literatura árabes pela Faculdade de Letras da UFRJ. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil. Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

CYNTHIA PEREIRA DE ARAÚJO - PUC/MG
Tradutora do artigo. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-Minas. Advogada da União.

DERMEVAL ROCHA DA SILVA FILHO – AGU/BA
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito

Ambiental pela Universidade Candido Mendes. Especialização em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes. Advogado Da União – AGU.

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO - FDSM/MG

Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

FLÁVIA GIORGINI FUSCO CAMMAROSANO - PUC/SP

Doutoranda em Direito do Estado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo pela COGEAE - PUC/SP. Professora Assistente da COGEAE-PUC/SP. Professora da Universidade Paulista - UNIP. Diretora de Eventos do Instituto CEED. Advogada.

FELIPE FERNANDES - PUC/SP

Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

IGOR LINS DA ROCHA LOURENÇO -AGU/RJ

Pós-graduado em Direito Público. Procurador Federal.

JANINE TAÍSS HOMEM BORBA-IMED - RS

Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMED/RS. Especialista

em Psicomotricidade Relacional. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional.

JÉSSICA DE PAULA BUENO DA SILVA - PUC/SP

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS.

JOSÉ LUIZ SOUZA DE MORAES - UNIP/SP

Doutor em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Constitucional na Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo

LETICIA BARTELEGA

DOMINGUETI - FDSM/MG

Mestranda em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela instituição de ensino LFG. Advogada em escritório próprio. Advogada do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) de Varginha/MG.

LETICIA BOTELHO GOIS - AGU/RJ

Mestre na área de Gestão de Conflitos e Novos Direitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direitos Humanos. Advogada da União – AGU.

MARGARETH VETIS ZAGANELLI - ITE-SP

Doutora em Direito (Ciências Criminais) pela UFMG. Mestre em Educação (Avaliação de Sistemas Educacionais) pela UFES. Professora Visitante no Ateneo e na Scuola

di Giurisprudenza da Università degli Studi di Milano-Bicocca – UNISANNIO. Professora colaboradora do Projeto Jean Monnet Module “Emerging ‘moral’ technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities” do Erasmus+ European Commission - cofinanciado pela União Europeia (School of Law). Professora Visitante Mobilidade Docente Erasmus+ na Università Degli Studi Di Milano-Bicocca - UNIMIB. Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

MARINA HELENA VIEIRA DA SILVA - FDSM/MG

Mestranda em Direito, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós-Graduada pela Escola Paulista de Direito (EPD) em Direito Civil e Processual Civil. Advogada.

NEURO JOSÉ ZAMBAM

Doutor em Filosofia. Mestre em Sistemas Éticos. Especialização em Epistemologia das Ciências Sociais. Docente do Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito da IMED.

RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA - PUC/MG

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG.

RAINER BOMFIM - UFOP/MG

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Advogada.

ROBERT ALEXY - CAU/ALEMANHA

Professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Christian Albrechts University, Kiel, Alemanha.

RODRIGO MEIRELES ORTIZ - AGU/RS

Mestrando em Direito e Justiça Social. Especialista em Direito Processual Civil. Desenvolve pesquisas no âmbito do Direito, com ênfase em Propriedade Intelectual. Procurador Federal.

VANESSA ROCHA FERREIRA - CESUPA/PA

Doutora em Direitos Humanos Pela Universidade de Salamanca (Espanha). Título Revalidado pela Universidade de Brasília (Unb) – com equivalência no Doutora em Direitos Humanos e Cidadania. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA) Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam/RJ). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

WASSILA CALEIRO ABBUD - PUC/SP

Doutoranda em Efetividade do Direito – PUC/SP. Mestre em Efetividade do Direito (Direito Administrativo) pela PUC-SP. Professora Assistente do Curso de Especialização em Direito Administrativo - PUC/SP – COGEAE. Advogada.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 17

ARTIGO DE AUTORES CONVIDADOS

Direitos e Liberdades como Conceito
Rights and Liberties as Concepts
Robert Alexy
Cynthia Pereira de Araújo
Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.....21

ARTIGOS

A Agência Nacional de Mineração e a Incorporação do Dever de Diligência na Mineração de Fundos Marinhos
The National Mining Agency and the Incorporation of the Duty of Diligence into Deep Sea Mining
Adriano de Avila Furiati45

A Seletividade no Combate à Criminalidade: a razão de ser dos benefícios concedidos aos delitos contra a ordem tributária
Selectivity in Fighting Criminality: the reason to be of the benefits granted to tributary order
Cesar Riboli
Alessandra Riboli.....69

Competência para Licenciamento Ambiental: critérios para definição do ente federativo responsável
Environmental Licensing Authority: criteria for the definition of the responsible federative entity
Dermeval Rocha da Silva Filho.....89

Proteção Constitucional do Empregado Frente às Violações Resultantes da Recorrente Prática de Revista Pessoal e Íntima no Ambiente de Trabalho
Constitutional Protection of the Employee Against Violations Resulting from the Recurrent Practice of Personal and Intimate Searches in the Work Environment
Edson Vieira da Silva Filho
Marina Helena Vieira da Silva.....107

A Importância da Noção de Sistema para o Direito Administrativo
The Importance of the System Concept for Administrative Law
Felipe Fernandes
José Luiz Souza de Moraes129

Análise dos Aspectos Jurídicos Controversos Relacionados Ao Benefício Especial Previsto na Lei N° 12.618/2012 <i>Analysis of the Legal Aspects of Disputes Related to the Special Benefit Provided in Law N° 12.618/2012</i> Igor Lins da Rocha Lourenço.....	147
O Princípio da Proibição do Retrocesso Social em Relação aos Direitos Sociais Positivados no Brasil em Épocas de Crise Econômica <i>The Principle of Prohibition of Social Setbacks in Relation to Written Social Rights in Times of Economic Crisis</i> Janine Taís Homem Borba Neuro José Zambam.....	181
Decolonialidade e a Perspectiva LGBTI: a exclusão das sexualidades e gênero pelas construções hegemônicas <i>Decolony and the LGBTI Perspective: the exclusion of sexualities and gender by hegemonic constructions</i> Jéssica de Paula Bueno da Silva Rainer Bomfim Alexandre Gustavo Melo Franco.....	203
O Auxílio-Moradia pela Perspectiva da Teoria da Justiça Descrita por John Rawls <i>The Housing Aid for the Perspective of Theory of Justice Described by John Rawls</i> Leticia Bartelega Domingueti Rafael Alem Mello Ferreira.....	223
Sistema Multiportas na AGU: economia, racionalidade e técnica <i>AGU Multiport System: economics, rationality and technique</i> Leticia Botelho Gois Clarissa Sampaio Silva Cristina Ayoub Riche.....	239
Alienação Parental Internacional: a mediação transfronteiriça como mecanismo adequado para salvaguardar os direitos dos filhos <i>International Parental Alienation: the cross-border mediation as an appropriate mechanism for safeguard the children's rights</i> Margareth Vetus Zaganelli Adrielly Pinto dos Reis Bruna Velloso Parente.....	265

A Constitucionalização da Inovação Tecnológica: análise da EC nº 85/2015 a partir do contexto inovador nacional <i>The Constitutionalization of Technological Innovation: analysis of EC nº 85/2015 from the national innovative context</i> <i>Rodrigo Meireles Ortiz</i>	287
Novas Tecnologias e a Precarização das Relações Laborais <i>New Technologies and the Precariousness of Work's Relationships</i> <i>Vanessa Rocha Ferreira</i> <i>Allan Gomes Moreira</i>	309
Autorização Administrativa em Evolução: de ato administrativo unilateral a ato negocial para fins de delegação de serviços públicos <i>An Evolution of Administrative Authorisation: from an unilateral administrative act to the negotiation act with a public service delegation means</i> <i>Wassila Caleiro Abbud</i> <i>Flávia Giorgini Fusco Cammarosano</i>	331

EDITORIAL

Prezado leitor,

Iniciamos o ano de 2021 com elevado otimismo em relação ao objetivo de fortalecer, ainda mais, a Revista da AGU, especialmente no que diz respeito à internacionalização e ao impacto científico do periódico.

Neste número, temos o privilégio de apresentar trabalho inédito na língua portuguesa de um dos juristas estrangeiros mais influentes no Brasil. Trata-se do Professor Robert Alexy, que gentilmente aceitou o convite da Escola da AGU para publicar o artigo intitulado “Direitos e Liberdades como Conceito”, em que o jurista alemão enfrenta questões primordiais para o direito constitucional e para a filosofia prática, oferecendo clareza conceitual para o complexo debate sobre direitos e liberdades. A partir da concepção de um modelo de direito de três níveis, cujo elemento central corresponde a um sistema de posições e relações jurídicas básicas, Alexy expõe sua compreensão a respeito da natureza jurídica dos direitos fundamentais, que são entendidos como necessariamente conectados com os direitos humanos e com o exame da proporcionalidade. Registramos, desde já, nosso especial agradecimento à Dra. Cynthia Pereira de Araújo e ao Professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, responsáveis, respectivamente, pela tradução e pela revisão técnica e da tradução do artigo mencionado, cuja colaboração foi imprescindível para a publicação desse importante trabalho na Revista da AGU.

Os demais artigos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”. No primeiro deles, Adriano Furiati desenvolve estudo de caso a respeito da primeira experiência brasileira de mineração em fundos marinhos na região adjacente à plataforma continental. O autor destaca a relevância do papel da Agência Nacional de Mineração para o aprimoramento do direito nacional, com o fim de adaptá-lo aos padrões internacionais de devida diligência, observadas suas próprias capacidades econômicas e científicas de controlar riscos de um empreendimento.

Cesar Riboli e Alessandra Riboli averiguam a seletividade do tratamento dispensado, no Brasil, aos crimes de natureza tributária.

No entendimento dos autores, a legislação penal brasileira contempla institutos, a exemplo da extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo, que favorecem a criminalidade praticada pelas classes econômicas privilegiadas, deixando de puni-las pelo simples fato de possuírem melhores condições financeiras.

Dermeval Silva Filho investiga os critérios utilizados na definição do ente federativo competente para a outorga do licenciamento ambiental, que, segundo o autor, se baseia na dominialidade dos bens afetados ou ameaçados, em sua localização e na amplitude do impacto diretamente incidente sobre o meio ambiente.

Edson Vieira da Silva Filho e Marina Helena Vieira da Silva questionam a validade da prática de revista pessoal e íntima no ambiente laboral, confrontando-a com as disposições constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria, cuja vigência não tem impedido a adoção de procedimentos abusivos por parte dos empregadores.

Felipe Fernandes e José Luiz de Moraes salientam a imprescindibilidade da noção de sistema para a adequada compreensão do Direito Administrativo e de seus institutos, em análise que atravessa os planos dogmático e pragmático. O trabalho dos autores possui como foco o funcionamento dos órgãos da Advocacia Pública, que, no âmbito de um sistema jurídico autopoietico e dotado de fechamento operativo, devem possuir autonomia diante de comunicações de ordem política ou econômica.

O artigo de Igor Lourenço tem por objeto o benefício especial assegurado aos servidores públicos que optaram pelo regime de previdência complementar previsto constitucionalmente. Além de dissertar sobre sua natureza jurídica, referido autor esmiúça diversos aspectos jurídicos controversos relacionados ao instituto mencionado, tais como a necessidade de preservação do conjunto de regras e valores que o regem, em observância aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança.

Janine Borba e Neuro Zambam dedicam-se a compreender a relevância, o alcance e os limites do princípio da proibição do retrocesso social diante de cenários de crise econômica, que costumam

ser utilizados para justificar a adoção de medidas capazes de mitigar ou redimensionar o acesso a direitos sociais.

Partindo de perspectiva jurídico-sociológica, Jéssica Silva, Rainer Bomfim e Alexandre Bahia formulam crítica à Modernidade/Colonialidade Ocidental e, em especial, aos mecanismos pelos quais o direito moderno, ocidental, europeu, cristão e patriarcal propicia a exclusão social dos integrantes da comunidade LGBTI.

Utilizando, como marco teórico, a Teoria da Justiça de John Rawls, Leticia Domingueti e Rafael Ferreira analisam a decisão monocrática proferida pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, que autorizou o pagamento do auxílio-moradia aos magistrados.

Lançando mão de metodologia qualitativa, Leticia Gois, Clarissa Silva e Cristina Riche propõem uma releitura do papel desempenhado pela Ouvidoria da Advocacia-Geral da União, explorando a possibilidade de que o órgão funcione como um canal de acesso à atuação consensual no âmbito da Administração Pública Federal.

Margareth Zaganelli, Adrielly Reis e Bruna Parente avaliam a aplicação da mediação transfronteiriça como mecanismo adequado para o tratamento dos litígios familiares internacionais, sobretudo no que diz respeito aos casos de subtração de menores.

Rodrigo Ortiz aborda o contexto da inovação nacional a partir da Emenda Constitucional n. 85/2015, que incluiu a inovação entre os temas da ordem social, trazendo novos elementos para a criação de ambientes inovadores. O autor descreve as principais modificações provocadas pelo ato normativo referido, bem como ressalta sua importância para o fortalecimento do papel do Estado na busca pela inovação e a necessidade de que suas diretrizes sejam concretizadas.

Vanessa Ferreira e Allan Moreira discorrem sobre a mudança paradigmática ocasionada nas relações laborais pelo uso das novas tecnologias, tais como as plataformas digitais. Eles sustentam a necessidade de adaptação da legislação trabalhista às novas dinâmicas do processo produtivo, com o objetivo de enfrentar a precarização das condições laborais e a superexploração do trabalho humano.

Wassila Abbud e Flávia Cammarosano examinam as acepções doutrinariamente atribuídas ao instituto da autorização administrativa, bem como as consequências jurídicas advindas da sua compreensão como ato negocial para fins de delegação de serviços públicos, especialmente no âmbito da legislação sobre telecomunicações.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Responsável pelo Núcleo de Pós-Graduação e
Pesquisa na Escola da Advocacia-Geral da União

RECEBIDO EM: 7/12/2020
APROVADO EM: 11/12/2020

DIREITOS E LIBERDADES COMO CONCEITO

RIGHTS AND LIBERTIES AS CONCEPTS

Robert Alexy

*Professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Christian Albrechts
University, Kiel, Alemanha.*

Cynthia Pereira de Araújo

Tradutora do artigo. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-Minas. Advogada da União.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

*Revisor técnico e tradutor do artigo. Professor Titular de Teoria e Filosofia do
Direito da UFMG e Professor Adjunto da PUC-Minas.*

**SUMÁRIO: I. DIREITOS E LIBERDADES EM
GERAL: 1. A Teoria da Vontade e do Interesse; 2. Um
Modelo de Direitos de Três Níveis; 3. Um Sistema de
Posições e Relações Jurídicas Básicas: (a) Direitos a Algo;**

(b) Liberdades; (c) Poderes; II. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: 1. Direitos Fundamentais: (a) O Conceito Formal; (b) O Conceito Procedimental; (c) O Conceito Material; 2. Direitos Humanos: (a) O Conceito de Direitos Humanos; (b) A Fundamentação dos Direitos Humanos; III. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 1. Regras e Princípios; 2. Proporcionalidade; 3. A Construção em Regras; 4. A Construção em Princípio; Bibliografia.

RESUMO: O debate sobre direitos e liberdades – tal como o debate sobre a justiça – é uma discussão interminável e reflete considerações normativas, analíticas e institucionais. Questões sobre direitos e liberdades que um indivíduo pode reivindicar são questões normativas fundamentais em toda sociedade. Elas representam temas primordiais não apenas no direito, especialmente o direito constitucional, como também na filosofia prática, além de contar como aspectos centrais da disputa política. Este artigo é organizado da seguinte forma: a Seção I apresenta uma breve análise da estrutura geral dos direitos e liberdades; os temas da Seção II são os conceitos de direitos humanos e fundamentais. Finalmente, a Seção III discute a construção dos direitos fundamentais, especialmente a conexão entre os direitos fundamentais e a proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Liberdades. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

ABSTRACT: The debate over rights and liberties – not unlike the debate over justice – is a never-ending discussion, reflecting normative, analytical, and institutional considerations. Questions respecting the rights and liberties that an individual can lay claim to are fundamental normative questions in every society. They represent major themes not only in the law, especially constitutional law, but also in practical philosophy, and they count as central points of political dispute. This article is organized as follows. Section I presents a brief analysis of the general structure of rights and liberties. The themes of Section II are the concepts of human and constitutional rights. Finally, Section III discusses the construction of constitutional rights, especially the connection between constitutional rights and proportionality.

KEYWORDS: Rights. Liberties. Human Rights. Constitutional Rights. Proportionality.

O debate sobre direitos e liberdades – tal como o debate sobre a justiça – é uma discussão interminável que constitui o reflexo de considerações normativas, analíticas e institucionais. Questões sobre os direitos e liberdades que um indivíduo pode reivindicar são questões normativas fundamentais em toda sociedade. Elas representam temas primordiais não apenas no Direito, especialmente o direito constitucional, como também na filosofia prática, além de contar como aspectos centrais da disputa política.

Esse caráter normativo fundamental está conectado a um alto nível de complexidade. Em relação às liberdades, Isaiah Berlin¹ falou de “mais de duas centenas de sentidos dessa palavra multifacetada registrados por historiadores das ideias”. Direitos não são menos complicados. A esses problemas analíticos, adiciona-se, finalmente, a dimensão institucional. Assim que os direitos e liberdades são inscritos em uma constituição como direitos e liberdades fundamentais que vinculam o legislador e estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, surgem questões relativas à legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Para não se perder o rumo nesse emaranhado de problemas, é necessária clareza conceitual. Na primeira seção, apresentarei uma breve análise da estrutura geral de direitos e liberdades. Os temas da Seção II são os conceitos de direitos humanos e fundamentais. Finalmente, a Seção III trata da construção dos direitos fundamentais, especialmente a conexão entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

I. DIREITOS E LIBERDADES EM GERAL

1 A Teoria da Vontade e do Interesse

Desde o século XIX, várias versões das teorias da vontade e do interesse disputam a explicação mais adequada para o conceito e a natureza dos direitos ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos². Adeptos da

1 Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (1969), 121.

2 Proponentes da teoria da vontade no século XIX são, por exemplo, Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol 1 (1840), 7: “o poder que é conferido a uma pessoa individual: um reino governado por sua vontade” e John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol. 1 (5 ed., 1911), 398: “a capacidade ou poder de exigir de outro ou dos outros atos de tolerâncias; - é o mais próximo de uma definição verdadeira de direito”. Exponentes iniciais da teoria do interesse são Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed. 1970), 57: “Ao favorecer uma parte em um ponto de interesse a lei dá a outro um direito a prestações”, e Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte 3 (5 ed., 1906), 339: “Direitos são interesses juridicamente protegidos” (tradução [no inglês] de Robert Alexy). Mais recentemente, H.L.A. Hart, “Legal Rights” – na obra *Essays on Bentham*, de H.L.A. Hart. *Studies in*

teoria da vontade argumentam que um indivíduo ter um direito significa que sua vontade ou sua escolha, sua liberdade, é reconhecida. Assim, direitos são intimamente conectados com liberdades. Proponentes da teoria do interesse, por outro lado, argumentam que é essencial para os direitos que eles protejam ou promovam os interesses ou o benefício, o bem-estar do detentor do direito. Isso se aplica, por exemplo, aos direitos sociais.

2 UM MODELO DE DIREITOS DE TRÊS NÍVEIS

É infeliz a divisão das teorias dos direitos em teorias da vontade e do interesse, se interpretadas como alternativas estritas. Algumas normas que conferem direitos podem ter como objetivo o reconhecimento da liberdade da vontade, outras podem ter o propósito de proteger e promover interesses, e outras podem fazer ambas as coisas. Os quebra-cabeças que decorrem disso, e que ocupam muitos teóricos do direito há bastante tempo, podem ser facilmente evitados se a análise dos direitos for fundamentada através da distinção entre (1) razões para direitos, (2) direitos como posições e relações jurídicas, e (3) a executoriedade dos direitos. Essa distinção leva a um modelo de direitos de três níveis.³

O primeiro nível compreende razões para direitos. Cada argumento que pode ser apresentado para estabelecer direitos de qualquer tipo entra nesse primeiro nível. Isso inclui não apenas o reconhecimento da liberdade da vontade e a proteção e promoção dos interesses do detentor do direito, ou seja, bens individuais, como também bens coletivos. É possível, por exemplo, tentar justificar a propriedade privada através da efetividade econômica geral de uma economia baseada na propriedade privada, ou seja, por referência a um bem coletivo. Uma justificativa exclusivamente coletiva de direitos individuais ou subjetivos certamente dá a esses direitos uma posição muito mais fraca do que uma justificativa baseada exclusiva ou suplementarmente em bens individuais. Mas isso não é suficiente para excluir bens coletivos do primeiro nível do modelo de três níveis, já que esse modelo não é mais do que uma ferramenta analítica e tem, como tal, uma característica formal. Ele compreende todas as razões concebíveis

Jurisprudence and Political Theory (1982), 188 – defendeu uma versão da teoria da vontade, enquanto Neil MacCormick, “Rights in Legislation” – em Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart (1977), 204-5, de P.M.S. Hacker e Joseph Raz (eds) – defendeu uma versão da teoria do interesse. Esses são, obviamente, apenas dois exemplos dentre vários.

3 Sobre esse assunto, ver Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers trans, [1985] 2002), 115-18.

para direitos subjetivos. Se as razões são boas ou ruins é uma questão argumentativa normativa material.⁴

No segundo nível, trata-se dos direitos como posições jurídicas e relações. Um exemplo é o direito de a contra b no sentido de que b não deve impedir a de praticar ϕ , por exemplo o direito que um cidadão tem contra o estado, por exemplo o dever do estado de não impedir a liberdade de expressão desse cidadão.

Finalmente, o terceiro nível compreende aquelas posições jurídicas que são relacionadas à executoriedade dos direitos jurídicos, especialmente realizando uma ação. Esse nível conecta poderes relacionados à executoriedade e as posições e relações do segundo nível.

Todos os três níveis são importantes para uma teoria dos direitos fundamentais. Os elementos centrais, no entanto, são as posições e relações do segundo nível. Elas são aquilo que as razões de direitos localizadas no primeiro nível pretendem justificar e são, mais uma vez, razões para a executoriedade a serem encontradas no terceiro nível. Sua natureza e seus diferentes tipos podem ser expostos por meio de um sistema de posições e relações jurídicas básicas.

3 UM SISTEMA DE POSIÇÕES E RELAÇÕES JURÍDICAS BÁSICAS

A base do sistema de posições e relações jurídicas básicas é uma tripla divisão em (1) direitos a algo, (2) liberdades, e (3) poderes. Essa divisão está relacionada tanto à distinção de Bentham entre “direitos a serviços”, “liberdades” e “poderes”⁵, quanto à distinção de Bierling entre “reivindicação jurídica” (*Rechtsanspruch*), “mera permissão jurídica” (*einfache[s] rechtliche[s] Dürfen*), e “capacidade jurídica” (*rechtliche[s] Können*).⁶

(a) Direitos a algo

Direitos a algo ou direitos a prestações são relações triádicas, cujo primeiro elemento é o beneficiário ou *titular* de um direito (*a*), o segundo é o *destinatário* do direito (*b*), e o terceiro é o *conteúdo* ou objeto do direito

4 Sobre esse assunto, ver Robert Alexy, “Individual Rights and Collective Goods” em *Rights* (1992), 170, 175-6, Carlos Nino (ed), em que se apresenta a tese de que não pode ser fundamentado um sistema jurídico que não compreenda direitos subjetivos estabelecidos por razões individuais.

5 BENTHAM (n 2), 57-8, 83-92, 119.

6 Ernst Rudolf Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Part 2 (1883), 49-50.

(*S*).⁷ Essa relação triádica pode ser expressa por '*R*'. A forma mais geral de uma declaração de direito a algo pode ser então expressada por

(1) *RabS*.

Esse esquema pode dar origem a uma grande variedade de direitos, dependendo do que *a*, *b* e *S* representem. Quando *a* se refere a uma pessoa física, *b* ao estado e *S* a uma omissão, trata-se de um direito de defesa liberal clássico. Se *S* representa um ato positivo do estado, trata-se de um direito a uma ação positiva do estado, por exemplo um direito de proteção ou um direito social. Analisar o que entra no lugar de cada uma das três variáveis permite reconstruir muitos outros problemas da teoria dos direitos fundamentais. Se, por exemplo, pergunta-se se pessoas físicas podem ser substituídas não apenas por *a*, o titular, mas também por *b*, o destinatário, levanta-se o problema do efeito horizontal dos direitos fundamentais; e se, para dar um outro exemplo, questiona-se se não apenas indivíduos, mas também grupos, tais como minorias de qualquer tipo, podem ser substituídos por *a*, está em jogo o problema dos direitos fundamentais coletivos.

É de grande importância para a teoria dos direitos que

(1) *RabS*

seja logicamente equivalente a

(2) *ObaS*.

Nessa fórmula, '*O*' é uma forma de três posições, ou uma forma relacional do operador deôntico elementar '*O*', que também pode ser lido como "é obrigatório que...".⁸

Quando (1) expressa

(3) *a* tem um direito em face de *b* de que *b* garanta asilo a *a*,

(2) expressa que

7 Em *A Theory of Constitutional Rights* (n 3), 120, o conteúdo ou objeto é representado por "G". Isso se deve ao fato de que um objeto em alemão tem o nome de "Gegenstand".

8 Para mais detalhes, ver Alexy (n 3), 131-8.

(4) b é obrigado perante a a lhe garantir asilo.

(1) e (2) são o que Wesley Newcomb Hohfeld denomina “direito” e “dever” como “correlatos jurídicos”.⁹ Correlações jurídicas são relações opostas. Por essa razão, a frase

(5) $RabS \leftrightarrow ObaS$

representa uma verdade analítica. Isso não significa que toda obrigação ou dever implica um direito. O dever não-relacional

(6) ObS

não implica

(1) $RabS$.

Mas isso significa que direitos implicam deveres. Não pode existir um direito sem um dever correlato.¹⁰ Isso é de considerável importância sistemática, visto que conecta o conceito de um direito ao conceito de um “dever”. Orações que contêm um “dever” expressam normas – individuais ou gerais. Isso leva ao corolário seguinte de que não podem existir direitos sem normas.

(b) Liberdades

Deve-se distinguir entre o conceito geral de liberdade e o conceito de liberdade jurídica como um caso especial de liberdade geral. Liberdades, em geral, são relações de três posições entre um titular-da-liberdade, um obstáculo-à-liberdade, e um objeto-da-liberdade¹¹. Os casos paradigmáticos de titulares-de-liberdade são as pessoas físicas. Mas também é possível falar sobre liberdades de associações. Em relação ao objeto-da-liberdade, a distinção mais fundamental é a diferença entre uma escolha de ação e

9 Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919), 36.

10 Contra a construção triádica dos direitos pode-se objetar que direitos sem destinatários são possíveis. Um exemplo seria o direito a ajuda médica em casos de doenças graves. Esse direito poderia ter a seguinte estrutura: RaS . RaS representa o que é tradicionalmente designado como “ius in rem”, em contraste com “ius in personam”. Por razões de simplicidade, geralmente é suficiente falar em direitos no sentido de relações entre um sujeito jurídico e um objeto. Se, no entanto, não há dever de qualquer destinatário, por exemplo, nenhum dever para aqueles que são capazes de ajudar, então falar da existência de um direito não faria qualquer sentido. Sobre esse assunto, ver Alexy (n 3), 121.

11 Ibid 140.

um simples ato. Um exemplo de escolha de ação é a opção por professar uma certa religião ou não. Nesse caso, pode-se falar em uma liberdade negativa. Um exemplo de um simples ato como objeto de liberdade é professar uma certa religião. Nesse caso pode-se falar em uma liberdade positiva.¹² A liberdade positiva se encontra no centro da filosofia moral de Kant: “o conceito positivo de liberdade é o da capacidade de a razão pura ser também ela mesma prática”. Mas isso não é possível exceto pela submissão da máxima de cada ação à condição de sua qualificação como lei universal.”¹³ Assim, a liberdade positiva é definida como a liberdade de fazer o que é certo ou correto, e não como a liberdade de fazer o que quer que alguém deseje fazer. Na vida moral de uma pessoa a liberdade positiva pode ser de grande importância. Tornar a liberdade positiva a base do sistema político, no entanto, tem consequências despóticas. Por essa razão, os direitos fundamentais são essencialmente garantias de liberdades negativas. Portanto, apenas liberdades negativas serão consideradas aqui.

Os obstáculos-à-liberdade podem, também, ser de tipos muito diferentes. Desejo econômico e pressão social são alguns exemplos. Nesses casos pode-se falar em “falta de liberdade” econômica e social. Pensando nos direitos fundamentais, os obstáculos-à-liberdade são de especial importância. Obstáculos-à-liberdade consistem, primeiramente e acima de tudo, em proibições jurídicas e comandos jurídicos. Se não existem tanto proibições jurídicas quanto comandos jurídicos que obriguem *a* a expressar sua opinião, inexistente obstáculo à liberdade, e *a* é livre para expressar sua opinião. Isso implica uma intrínseca relação entre liberdade jurídica e permissão. Se a expressão da opinião de *a* não é nem proibida nem obrigatória, *a* é permitido tanto expressar a sua opinião quanto deixar de expressá-la. Por essa razão, a liberdade jurídica pode ser definida como a conjunção entre a permissão de praticar uma ação e a permissão de omiti-la.¹⁴

12 Hohfeld, op. cit., 140-2.

13 Immanuel Kant, “The Metaphysics of Morals” em Mary J. Gregor (ed e trad), Immanuel Kant. Practical Philosophy (1996), 375.

14 Se ‘P’ é usado para expressar uma permissão, ‘S’ para expressar o conteúdo ou objeto da permissão, e ‘L’ para expressar liberdade como uma modalidade normativa, a liberdade jurídica pode ser definida como se segue:

$$LS = PS \ \& \ P \neg S.$$

Claro que é possível transformar esse esquema em um esquema que expresse uma relação jurídica:

$$LabS = PabS \ \& \ Pab \neg S$$

(Sobre esse assunto, ver Alexy (n 3), 145). ‘LabS’ não é o mesmo que o “privilegio” de Hohfeld. Conforme Hohfeld, um privilegio é “a mera negação de um dever” (Hohfeld (n 9), 39). Isso significa que o privilegio de Hohfeld é nada mais que $Pab \neg S$, sendo $Pab \neg S$ equivalente a $\neg OabS$, ou seja, a negação do dever (relativo) de fazer S (Alexy (n 3), 134-6). Por essa razão, a liberdade jurídica necessariamente compreende dois privilégios, um com um conteúdo negado ($\neg S$), e um com um conteúdo não-negado (S).

Todos os direitos fundamentais que se referem a ações de seus titulares, por exemplo o exercício de religião, expressão de opinião e escolha de profissão, são liberdades no sentido ora definido. Mas se eles fossem apenas tais liberdades, eles seriam liberdades fracas. Uma liberdade desse tipo não implica um direito de não ser impedido de realizar essa liberdade. Tal direito é um direito a algo e é fundamentalmente diferente de uma combinação de permissões. A fim de se obter um direito fundamental pleno, a liberdade não protegida deve ser protegida por um direito material equivalente contra o estado, de modo a que ele não deva impedir o titular da liberdade de fazer algo que ele é constitucionalmente livre para fazer.¹⁵ Esse direito contra o estado – que, uma vez mais, precisa ser combinado com um poder de resistir às infrações diante dos tribunais – é o núcleo dos direitos fundamentais. Por essa razão, direitos a ações negativas ou positivas por parte do estado, ou seja, os direitos a algo, são o centro da teoria dos direitos fundamentais. Essa tese pode ser denominada “tese central”.

(c) Poderes

A tese central é verdadeira também no que diz respeito a poderes. Poderes jurídicos ou competências consistem na possibilidade normativa de alterar a situação jurídica por meio de uma declaração que expresse a intenção (real ou putativa) de promover essa alteração. Um exemplo é o poder de adquirir a e dispor da propriedade. Esse poder é um elemento essencial da garantia constitucional da propriedade.¹⁶

Competências jurídicas são relacionadas de forma próxima a liberdades. Elas ‘adicionam algo à liberdade de ação do indivíduo, que ele não tem por natureza’.¹⁷ Qualquer supressão, limitação, ou obstrução de poderes ou competências de um indivíduo é uma infringência ao respectivo direito fundamental do indivíduo. A característica central do direito a algo resulta do fato de que a questão decisiva nesses casos é se o direito que o indivíduo tem de exigir que o estado não interfira é violado. Por isso, a seguir, o direito a algo como um direito tanto a ações negativas quanto positivas estará em primeiro plano na discussão.

15 Alexy (n 3), 149.

16 Ibid 156-8.

17 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2 ed, 1905), 47.

II. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos fundamentais são direitos, mas nem todos os direitos são direitos fundamentais. Isso leva à questão sobre a característica específica, a *differentia specifica*, dos direitos fundamentais. Essa questão refere-se ao conceito e à natureza dos direitos fundamentais. Três conceitos precisam ser distinguidos: um conceito formal, um conceito procedimental e um conceito material.

(a) O Conceito Formal

Um conceito formal de direitos fundamentais é empregado se os direitos fundamentais são definidos como direitos contidos em uma constituição, ou em uma certa parte dela, por exemplo em um catálogo de direitos fundamentais, ou como direitos dotados de proteção especial pela constituição, por exemplo uma reclamação constitucional endereçada a uma corte constitucional.¹⁸

Conceitos desse tipo são úteis em vários casos. Eles não são suficientes, todavia, se a questão levantada é sobre se um direito inscrito na constituição é realmente um direito fundamental, e não, por exemplo, uma competência de um instrumento de estado, quando o problema colocado é sobre se o direito estabelecido fora de um catálogo de direitos fundamentais é ou não um direito fundamental ou quando surge uma disputa sobre se um direito não explicitamente dotado de proteção especial exige tal proteção. Questões como essas não podem ser excluídas sumariamente, e elas não podem ser respondidas com base exclusivamente em um conceito formal.

(a) O Conceito Procedimental

O conceito procedimental de direitos fundamentais se concentra nos problemas institucionais conectados aos direitos fundamentais. Inscrever os direitos fundamentais em uma constituição e atribuir a uma corte o controle de constitucionalidade em relação a toda autoridade estatal significa limitar o poder do parlamento. Nesse sentido, os direitos fundamentais são uma expressão de descrença no processo democrático. Eles são, ao mesmo tempo, tanto a base quanto o limite da democracia. Em virtude

18 Robert Alexy, 'Discourse Theory and Fundamental Rights', em *Arguing Fundamental Rights* (2006), 15-16, de Agustín José Menéndez e Erik Oddvar Eriksen (eds).

disso, o conceito procedimental dos direitos fundamentais defende que os direitos fundamentais são direitos que são tão importantes que a decisão de protegê-los não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares.¹⁹

O conceito procedimental, realmente, indica uma importante propriedade dos direitos fundamentais. Porém, esse conceito também não é capaz de compreender a natureza dos direitos fundamentais. A razão para isso é que o conceito procedimental, como tal, é incapaz de promover uma resposta para a questão sobre quais direitos são tão importantes a ponto de a decisão sobre sua proteção não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares. Isso pode ser formulado apenas com a estrutura de um conceito material de direitos fundamentais.

(a) O Conceito Material

Os direitos humanos estão no núcleo do conceito material dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são, como os conceitos formal e procedimental ilustram, direitos positivos, institucionalizados, ou seja, direito positivo constitucional. Mas isso não é suficiente para explicar a sua natureza. A positivação é um dos lados dos direitos fundamentais, notadamente, o lado real ou factual. Acima e além disso eles também possuem uma dimensão ideal. Isso pode ser chamado de “tese da dupla natureza”. A dimensão ideal decorre da sua conexão com os direitos humanos como direitos morais. Direitos fundamentais são direitos que foram inscritos em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, de positivizar direitos humanos.²⁰ Essa intenção é frequentemente uma intenção efetiva ou subjetivamente mantida pelos legisladores constitucionais. E, além e acima disso, é uma pretensão necessariamente levantada por aqueles que definem um catálogo de direitos fundamentais. Essa pretensão é um caso especial da pretensão de correção necessariamente conectada ao direito em geral.²¹ Um catálogo de direitos fundamentais é correto se e somente se atende às exigências dos direitos humanos. Todos os catálogos de direitos fundamentais, portanto, podem ser concebidos como tentativas de transformar direitos humanos em direito positivo. Como as tentativas em geral, as tentativas de transformar direitos humanos em direito positivo

19 Alexy (n 3), 297.

20 Alexy (n 18), 16-17.

21 Sobre a pretensão de correção conectada com o direito em geral, ver Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (Bonnie Litschweski Paulson e Stanley L. Paulson trad, [1992] 2002), 35-9.

podem ser bem sucedidas em maior ou menor medida. Nesse aspecto, a dimensão ideal tem um papel crítico mesmo após a transformação em direito positivo. Isso é de fundamental importância para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. Sua formulação e a intenção original concreta dos criadores da constituição de modo algum perdem a sua importância. Mas a formulação e a intenção original concreta são relativizados pela intenção ideal direcionada à realização dos direitos humanos. Por essa razão, a dupla natureza dos direitos fundamentais requer necessariamente um certo grau de ativismo judicial.

2 DIREITOS HUMANOS

A tese da dupla natureza pressupõe a existência dos direitos humanos. Pode-se objetar que direitos humanos como direitos morais não existem. Uma resposta a essa objeção requer uma resposta a duas perguntas. A primeira diz respeito ao problema sobre o que significa dizer que um direito humano existe como direito moral, enquanto a segunda refere-se ao problema sobre se as condições para a existência de direitos morais podem ser preenchidas.

(a) O Conceito de Direitos Humanos

Direitos humanos são direitos, em primeiro lugar, morais, em segundo lugar, universais, em terceiro lugar, fundamentais, em quarto lugar abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas²². Em relação ao problema da existência, apenas a primeira dessas cinco propriedades definidoras dos direitos humanos precisa ser considerada: o caráter moral. Direitos, em geral, existem se são válidos. A validade dos direitos humanos como direitos morais depende de sua fundamentabilidade, e apenas disso. Direitos humanos existem se e apenas se são justificáveis.

(a) A Fundamentação dos Direitos Humanos

Teorias sobre a fundamentação dos direitos humanos podem ser classificadas de muitas formas. A divisão mais fundamental é entre teorias que geralmente negam a possibilidade de qualquer fundamentação dos direitos humanos e teorias que alegam ser possível algum tipo de fundamentação. Um exemplo da visão cética é a tese de Alasdair MacIntyre de que “não há tais direitos, e a crença neles é como uma crença em

²² Alexy (n 18), 18.

bruxas e unicórnios”.²³ As abordagens menos ou não-céticas podem ser divididas em oito grupos: em primeiro lugar, religiosas; em segundo lugar, intuicionistas; em terceiro lugar, consensuais; em quarto lugar, sócio-biológicas; em quinto lugar, maximizadora da utilidade ou instrumentalista; em sexto lugar, culturais; em sétimo lugar, explicativas; em oitavo lugar, abordagens existencialistas. As primeiras seis abordagens enfrentam sérias dificuldades.²⁴ A sétima, a abordagem explicativa, todavia, é de especial interesse. Essa abordagem tenta promover uma fundamentação para os direitos humanos tornando explícito o que é necessariamente implícito na prática humana. Esse ponto de partida é a prática de afirmar, perguntar, e discutir, ou seja, a prática do discurso. Essa prática pressupõe regras do discurso que expressam as ideias de liberdade e igualdade. Liberdade e igualdade, por sua vez, são os elementos centrais dos direitos humanos.

Esse argumento, como tal, no entanto, não é suficiente para fundamentar os direitos humanos. Por que deveríamos levar a sério as nossas habilidades discursivas? A resposta pode ser dada apenas com a moldura da oitava abordagem, a abordagem existencial. Nós precisamos levar nossas habilidades discursivas a sério se nós queremos nos levar a sério como – para usar uma expressão de Robert Brandom²⁵ – “criaturas discursivas”, ou, em termos clássicos, como seres racionais. Essa é uma decisão sobre a nossa identidade. O argumento explicativo pode ser concebido como objetivo, o argumento existencial como subjetivo. A combinação de ambos é o argumento explicativo-existencial. O argumento explicativo-existencial é objetivo e subjetivo. Como uma fundamentação objetiva-subjetiva, ele oferece, por um lado, muito menos que pura objetividade, mas estabelece, por outro, muito mais do que mera subjetividade. Talvez se possa dizer que ele oferece objetividade suficiente para ser qualificado como uma fundamentação. Se isso é verdade, os direitos humanos existem.

III. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais depende não apenas de sua estrutura geral como direitos e de sua relação com os direitos humanos, mas também de sua construção. Há duas construções fundamentalmente diferentes de direitos fundamentais: a construção em regras e a construção em princípios.

23 Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (2 ed, 1985), 69.

24 Alexy (n 18), 19-21.

25 Robert Brandom, *Articulating Reasons* (2000), 26.

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

A base da construção tanto de regras quanto de princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios.²⁶ Regras são normas que exigem algo definitivamente. Elas são comandos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e aplicável, é definitivamente exigido que exatamente o que ela exige seja feito. Se isso é feito, essa regra é cumprida; se isso não é feito, ela não é cumprida. Em contrapartida, princípios são normas que exigem que algo seja feito na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas em questão. Assim, princípios são *comandos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus, dependendo o grau apropriado de cumprimento não apenas do que é faticamente possível, mas também do que é juridicamente possível. Desconsiderando as regras, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios opostos. Por essa razão, princípios, considerados isoladamente, sempre compreendem uma exigência apenas *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativo às exigências de outro princípio é a ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação de princípios.

2. PROPORCIONALIDADE

O conflito entre a construção em regras e a construção de princípios é muito mais do que uma discussão de um problema teórico-normativo. Trata-se de um debate sobre a natureza dos direitos fundamentais, que tem consequências para quase todas as questões da doutrina dos direitos fundamentais. Por essa razão, trata-se de uma questão básica do constitucionalismo. Se a construção em princípios se provar correta, ou seja, se os direitos fundamentais puderem ser concebidos como comandos de otimização, os direitos fundamentais estão necessariamente conectados ao exame da proporcionalidade.²⁷ A máxima da proporcionalidade, que recebeu nas últimas décadas cada vez maior reconhecimento internacional na teoria e na prática do controle de constitucionalidade²⁸, consiste em três máximas parciais: as máximas parciais da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais – e

²⁶ Ver: Alexy (n 3), 47-9.

²⁷ Sobre proporcionalidade, ver The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (ed), capítulos 33 (Bernhard Schlink) e 34 (Aharon Barak).

²⁸ Ver, por exemplo, David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law (2004); Alec Stone Sweet e Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law 72-164.

esta é a essência da questão – expressam a ideia de otimização. Os princípios como comandos de otimização exigem otimização referente tanto ao que é possível faticamente quanto ao que é possível juridicamente.

As máximas parciais da adequação e da necessidade se referem à otimização relativa às possibilidades fáticas. A máxima parcial da adequação impede a adoção de meios que impedem a realização de ao menos um princípio sem que seja promovido algum princípio ou finalidade para o qual foi adotado. Se um meio M , adotado para promover o princípio P_1 , não é adequado para esse propósito, mas impede a realização de P_2 , então não há prejuízos para P_1 ou P_2 se M é omitido, mas há prejuízo para P_2 se M é adotado. Assim, P_1 e P_2 , tomados em conjunto, podem ser cumpridos em um maior grau em relação ao que é possível faticamente, se M for abandonado. P_1 e P_2 , quando tomados em conjunto, ou seja, como elementos de um só sistema, proíbem o uso de M . Isso mostra que a máxima parcial da adequação é nada mais do que uma expressão da ideia da otimalidade de Pareto. Uma posição pode ser melhorada sem que a outra seja piorada.

A segunda máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a máxima da necessidade, exige que entre dois meios igualmente adequados para a realização de P_1 seja escolhido aquele que interfere menos intensamente em P_2 . Se há um meio que interfere menos intensamente e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem custo para a outra. Sob essa condição, P_1 e P_2 , tomados em conjunto, exigem que o meio que interfere menos intensamente seja aplicado. Isso é, mais uma vez, um caso da otimalidade de Pareto.

No debate sobre o exame da proporcionalidade, as duas primeiras máximas parciais, que se referem à otimização relativa às possibilidades fáticas, são dificilmente contestadas. Isso mostra que mesmo oponentes da ponderação não dispensam completamente a ideia de otimização. A diferença real começa nos casos em que os custos são inevitáveis. Custos são inevitáveis quando princípios colidem. Então, de acordo com a construção em princípios, a ponderação se torna necessária. A ponderação é tema da terceira máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa terceira máxima, ou seja, a ponderação, é o tema central do debate sobre a proporcionalidade.

3 A CONSTRUÇÃO EM REGRAS

A construção em regras assume que a ponderação pode ser evitada na aplicação de direitos fundamentais sem perda de racionalidade. Essa

afirmação seria justificada se a construção em regras pudesse propor uma alternativa à ponderação que fornecesse um grau maior de racionalidade do que a ponderação – ou, pelo menos, um alto grau.

Uma alternativa que se sugere é a interpretação. Na Alemanha, Ernst Forsthoff insistiu que o problema da aplicação dos direitos fundamentais deveria ser resolvido por meio dos cânones tradicionais de interpretação.²⁹ Esses cânones de interpretação abrangem, acima de tudo, a redação das disposições de direitos fundamentais, as intenções daqueles que criaram a constituição e o contexto sistemático das disposições sob interpretação. Há, de fato, numerosos casos que podem ser resolvidos sem qualquer problema pela simples aplicação da letra da lei, da vontade da lei ou da interpretação sistemática, ou seja, pela subsunção ou classificação conectada com a interpretação, tal como em qualquer âmbito do direito. Escutar os Rolling Stones em uma biblioteca, por exemplo, não é um exercício de liberdade religiosa, mesmo que alguém acredite que esse tipo de música é a fonte mais alta de inspiração. Mas assim que o caso se torna mais complicado, a construção em regras causa problemas. Várias Constituições garantem a liberdade religiosa sem qualquer cláusula de exceção. Se alguém leva o texto constitucional a sério e uma fé religiosa particular exige, por razões religiosas, que apóstatas sejam mortos, então esse homicídio precisa ser classificado como uma prática em acordo com a religião de alguém.

Naturalmente, os adeptos da construção em regras não chegarão ao resultado de que o homicídio exigido por uma fé religiosa é permitido. Mas eles têm dificuldades ao justificar esse resultado. Não classificar o homicídio como um ato religioso contradiria a redação do dispositivo de direito fundamental. Por essa razão, a construção em regras precisa explicar por que um ato religioso é um ato religioso proibido. A vontade dos criadores da constituição pode ser oferecida como uma razão. Mas a que mais, no entanto, além da proteção da vida e da liberdade religiosa dos apóstatas, deveria se referir esse argumento? Se o argumento se refere a esses direitos – a proteção da vida e a liberdade religiosa dos apóstatas – então o argumento se baseia, em última instância, na ponderação. O direito de conviver com a liberdade religiosa dos apóstatas tem precedência sobre a liberdade religiosa daqueles que querem matar os apóstatas por razões religiosas. Se o resultado da ponderação fosse, em todos os casos, claro como é aqui, uma teoria elaborada da ponderação poderia, realmente, ser de algum interesse teórico, mas não teria muita importância prática. Mas há muitos casos em que a solução para as colisões entre direitos

29 Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973* (2 ed, 1976), 173.

fundamentais, assim como as colisões entre direitos fundamentais e bens coletivos, são muito mais difíceis. Nesses casos, a construção em princípios tem a vantagem de abordar diretamente a questão.

Não menos problemáticos são os casos da construção em regras em que os direitos fundamentais são conectados com uma cláusula de exceção. Na Alemanha, uma cláusula de exceção, tal como “nesse direito só se pode interferir com base em uma lei”³⁰ é vinculada ao direito à vida e à integridade física. Se alguém segue a construção em regras e considera esses dispositivos de forma literal, a cláusula de exceção torna possível qualquer interferência na vida e na integridade física, desde que essa interferência seja baseada em uma lei. Alguém pode tentar evitar isso adicionando mais regras, por exemplo, aplicando uma regra que proíba violar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Porém, mesmo aqui, o legislador permanece completamente livre em todos os pontos sob o limiar do conteúdo essencial. Além disso, é altamente improvável que o conteúdo essencial possa ser determinado totalmente sem se recorrer à ponderação.³¹

Uma construção em regras orientada para a letra da lei, a vontade da lei e a interpretação sistemática pode ser atribuída ao positivismo. A construção em regras, no entanto, não precisa ser positivista. Uma alternativa não-positivista à ponderação é proposta por Ronald Dworkin. Segundo Dworkin, estabelecer uma ponderação é uma questão de “perguntar se os benefícios da nossa política compensa os seus custos para nós”.³² Isso é um tipo de cálculo econômico.³³ Afirma-se que a aplicação do direito fundamental refere-se à “questão muito diferente sobre o que a moral exige, mesmo às custas dos nossos próprios interesses”.³⁴ Com esse argumento, Dworkin pressupõe que existe uma relação intrínseca entre ponderação e interesses, uma relação que equivale à tese de que cada e toda instância de ponderação é uma ponderação de interesses. Isso, todavia, deve ser contestado. É, de fato, possível, estabelecer uma ponderação em um conflito de interesses. Mas isso não implica que a ponderação é possível apenas entre interesses e não entre direitos. A construção em princípios tenta mostrar que a ponderação de direitos é possível. Um outro ponto da

30 Ver *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (German Basic Law), Art 2(2)(3).

31 Alexy (n 3), 192-6.

32 Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (2006), 27.

33 Nesse sentido, também Carl Schmitt, “Die Tyrannei der Werte”, em *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* (1967), 39.

34 Dworkin (n 32), 27.

argumentação de Dworkin também deve ser rejeitado. Dworkin concebe a ponderação e os argumentos morais como opostos. A resposta a isso é que a ponderação de direitos é uma forma de argumento moral.

4 A CONSTRUÇÃO EM PRINCÍPIOS

A construção em princípios tenta resolver os problemas da construção em regras, estabelecendo uma conexão necessária entre direitos fundamentais e ponderação. Muitos autores levantaram objeções a essa abordagem. A objeção mais séria é a objeção da irracionalidade. Ela foi proeminentemente articulada por Jürgen Habermas e Bernhard Schlink. O ponto central de Habermas é o de que não existem “padrões racionais” para a ponderação: “Uma vez que não existem padrões racionais para a ponderação, ela acontece ou arbitrariamente ou de forma irrefletida, de acordo com os padrões habituais e hierárquicos”.³⁵ Enquanto Habermas fala sobre arbitrariedade e hábitos irrefletidos, Schlink emprega os conceitos de subjetividade e decisão: a ponderação é, “em última instância, subjetiva e decisionista”.³⁶

A objeção da irracionalidade pode ser rejeitada se a ponderação puder se sustentar como uma forma racional de argumento jurídico e moral. Isso é, de fato, o que ocorre. A base para a ponderação é a regra que pode ser denominada de “lei da ponderação”. Essa lei reza:

Quanto maior o grau de descumprimento de, ou em detrimento de, um princípio, maior deve ser a importância de cumprimento do outro.³⁷

A Lei da Ponderação exclui, entre outras coisas, uma interferência intensiva no princípio P_1 que é justificada apenas por uma baixa importância atribuída ao cumprimento do princípio colidente P_2 . Uma tal solução não seria uma otimização de P_1 em conjunto com P_2 .

A Lei da Ponderação pode ser encontrada, em diferentes formulações, em quase todos os lugares da jurisdição constitucional. Ela expressa a propriedade central da ponderação e tem grande importância prática. Se alguém deseja realizar uma análise precisa e completa da estrutura da

35 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg trad, [1992] 1996), 259.

36 Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, em Peter Badura e Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol 2 (2001), 461.

37 Alexy (n 3), 102.

ponderação, a lei da ponderação precisa, no entanto, ser melhor elaborada. O resultado dessa maior elaboração é a fórmula do peso.³⁸

A fórmula do peso define o peso de um princípio P_i em um caso concreto, ou seja, o peso concreto de P_i em relação a um princípio colidente P_j (W_{ij}), como o cociente, em primeiro lugar, do produto da intensidade da interferência em P_i (I_i) e o peso abstrato de P_i (W_i) e o grau de certeza das premissas empíricas sobre o que a medida em questão significa para a não-realização de P_i (R_i), e, em segundo lugar, o produto dos valores correspondentes em relação a P_j dessa vez no que diz respeito à realização de P_j . Isso é formulado da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Mas falar sobre cocientes e produtos faz sentido apenas na presença de números. Esse é o problema do escalonamento. A questão do escalonamento é um problema central da teoria da ponderação, já que ponderar pressupõe escalas.³⁹ Exatamente nesse ponto, a distinção entre escalas contínuas e discretas é de fundamental importância. Escalas contínuas percorrem um número infinito de pontos entre, por exemplo, 0 e 1. A própria natureza do direito exclui a sua aplicação. Escalas discretas são definidas pelo fato de que, entre seus pontos, não há outros pontos. A ponderação pode começar assim que se tem uma escala com dois valores, por exemplo, os valores leve e grave. No direito Constitucional, uma escala triádica, que usa os valores leve (l), médio (m) e grave (s). Há várias possibilidades de se representar esses valores através de números.⁴⁰ Se alguém escolhe uma sequência geométrica como 2^0 , 2^1 e 2^2 , torna-se possível representar o fato de que a força dos princípios aumenta super-proporcionalmente em relação ao aumento da intensidade da interferência. Essa é a base para uma resposta à acusação de que a teoria dos princípios leva a um enfraquecimento inaceitável dos direitos fundamentais. Se o peso concreto (W_{ij}) de P_i é maior do que 1, P_i precede P_j ; se ele é menor do que 1, P_j precede P_i . Se, no entanto, o peso concreto (W_{ij}) é 1, existe um impasse. Nesse caso, é permitido tanto executar a medida em questão quanto omiti-la. Isso significa que o estado, especialmente o legislador, tem discricionariedade.⁴¹ Isso é de máxima

38 Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption" (2003) 16 Ratio Juris 443-8; Robert Alexy, "The Weight Formula", em Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, e Wojciech Załuski (eds) Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law (2007), 9-27.

39 Ver Aharon Barak, The Judge in a Democracy (2006), 166: "Não se pode ponderar sem uma escala".

40 Sobre esse assunto, ver Alexy, "The Weight Formula" (n 38), 20-3.

41 Alexy (n 3), 408, 410-14.

importância para uma resposta à acusação de que a teoria dos princípios leva a uma superconstitucionalização.⁴²

Levantou-se a objeção de que a fórmula do peso “expressa o ideal de uma ciência precisa, pode-se dizer, matematicamente precisa”⁴³, e de que ela é “uma quimera metodológica”.⁴⁴ Essa objeção se ampara em uma concepção equivocada sobre o papel da fórmula do peso. Seu propósito não é reduzir a fundamentação jurídica a um cálculo, mas antes compreender aqueles elementos que têm um papel na ponderação, entendendo como esses elementos se conectam. Os números que precisam ser substituídos pelas variáveis representam afirmações, por exemplo a afirmação “a interferência na liberdade de expressão é grave”. Essa afirmação precisa ser fundamentada a fim de estabelecer a sua pretensão de correção, e isso só é possível pela argumentação. Nesse sentido, a fórmula do peso está intrinsecamente conectada à argumentação jurídica. Ela não pretende substituir o discurso por um cálculo, mas antes emprestar ao discurso uma estrutura racional.

A explicação abstrata do princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser ilustrada por meio de um caso. O caso em questão é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que diz respeito ao clássico conflito entre liberdade de expressão e direito da personalidade.⁴⁵ Uma revista satírica amplamente conhecida, *Titanic*, descreveu um oficial da reserva paraplégico que houvera cumprido com sucesso as suas responsabilidades, tendo sido convocado para o serviço ativo, primeiro como “assassino nato” e, em uma segunda edição” como um “aleijado”. Em uma ação ajuizada pelo oficial, o Tribunal Superior Regional de Apelação de Düsseldorf decidiu contra a revista *Titanic*, determinando a ela o pagamento de danos no valor de doze mil marcos alemães. A revista *Titanic* apresentou uma reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional Federal realizou

42 Em caso de impasse, a discricionariedade no caso de pode ser denominada “discricionariedade estrutural”. Um segundo tipo de discricionariedade é a discricionariedade epistêmica. A discricionariedade epistêmica é incorporada na fórmula do peso por meio de R_i e R_j , as variáveis referentes ao grau de certeza das premissas empíricas, com base nas quais os juízos sobre a intensidade das interferências acontecem.

43 Matthias Jestaedt, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses” em: Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason* (2012), 163.

44 *Ibid* 165.

45 Tribunal Constitucional Federal [Alemão], BVerfGE 86, 1. Sobre a liberdade de expressão em geral, ver *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld e András Sajó (ed), capítulos 42 (Eric Barendt).

uma “ponderação específica para o caso”⁴⁶ entre a liberdade de expressão das pessoas ligadas à revista (P_1) e o direito geral da personalidade do general (P_2). Para isso, a intensidade da interferência sobre esses direitos foi determinada, e eles foram colocados um em relação ao outro. A decisão de indenização foi tratada como uma interferência grave ou “duradoura”⁴⁷ (I_1) sobre a liberdade de expressão. Se o Tribunal tivesse se limitado simplesmente a qualificar a interferência como grave, ficaria faltando o argumento racional. Esse parece ser a visão sobre a ponderação que está por trás da objeção da irracionalidade. Mas o Tribunal apresenta as razões para a sua avaliação da interferência como grave. O seu principal argumento é de que conceder indenizações poderia afetar a disposição futura dos produtores da revista para realizar o seu trabalho da forma como faziam anteriormente. A isso, o Tribunal adiciona que, se exageros e metáforas negativas não fossem autorizados como instrumentos estilísticos, as revistas satíricas teriam que abrir mão de seus aspectos essenciais.⁴⁸ Essa argumentação pode ser concebida como uma argumentação racional. Em um próximo passo, a descrição “assassino nato” foi colocada no contexto da publicação satírica pela revista *Titanic*. Aqui, muitas pessoas haviam sido descritas, de uma forma “reconhecidamente bem-humorada”, como tendo um sobrenome ao nascer de “trocadilhos a tolices”.⁴⁹ Isso exclui uma “avaliação isolada” da descrição “assassino nato”, que a interprete literalmente.⁵⁰ A interferência sobre o direito da personalidade foi então tratada como tendo uma intensidade moderada (m) ou até mesmo leve ou menos intensa (I_2). Mesmo aqueles que não concordam com esse resultado precisam reconhecer que essa valoração da intensidade de interferência em P_2 é amparada por argumentos racionais. Mais que isso não pode ser exigido no Direito. As duas avaliações referentes às intensidades completam a primeira parte da decisão. A fim de fundamentar uma indenização por danos, que é uma interferência grave no direito fundamental à liberdade de expressão (P_1), a interferência sobre o direito da personalidade (P_2), que deveria ser compensada pelos danos, teria que ter sido ao menos também grave (s). Mas, conforme a avaliação do Tribunal, ela não era. Ela era, no máximo, moderada (m) ou, no máximo, meramente leve (l). Isso significava que a interferência na liberdade de expressão era, de acordo com a lei da

46 Tribunal Constitucional Federal [Alemão], BVerfGE 86, 1 (11).

47 Ibid 1 (10).

48 Ibid.

49 Ibid 1 (11).

50 Ibid 1 (12).

ponderação e, assim, de acordo com a fórmula do peso,⁵¹ desproporcional e, portanto, inconstitucional.

A conclusão, no entanto, foi diferente no que diz respeito ao fato de o oficial ter sido chamado de “aleijado”. Conforme o Tribunal, tratou-se de uma “lesão grave ao seu direito de personalidade”.⁵² Essa análise foi justificada pelo fato de que descrever uma pessoa com deficiência severa em público como “aleijado” é geralmente considerado, nos dias atuais, como “humilhante”, expressando “falta de respeito”.⁵³ Tais humilhação pública e falta de respeito atingem e abalam a própria dignidade da vítima. A valoração da intensidade da interferência é, nesse sentido, mais uma vez amparada por razões. E essas razões são razões morais – constituindo isso uma resposta à separação de Dworkin entre ponderação e moral. O resultado é o impasse. A interferência (I_1) grave (s) na liberdade de expressão (P_1) foi compensada pela grande (s) importância (I_2) reconhecida à proteção da personalidade. Consequentemente, o Tribunal chegou à conclusão de que não podia ver “nenhuma falha na ponderação [contida na decisão do Tribunal Superior Regional de Apelação de Düsseldorf] em que a liberdade de expressão” cedeu.⁵⁴ A reclamação constitucional da *Titanic* foi, assim, considerada justificada apenas no que dizia respeito aos danos causados pelo uso da descrição “assassino nato”. Em relação à descrição “aleijado”, ela não foi considerada justificada.

A decisão sobre a revista *Titanic* mostra que a ponderação é um teste sobre se uma interferência em um direito é fundamentada. Isso poder ser generalizado. Todos os direitos fundamentais são direitos contra violações não-fundamentadas.⁵⁵ A forma mais racional de distinguir violações fundamentadas e não-fundamentadas é o exame da proporcionalidade. Isso leva à conexão necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

51 Interessa saber que o Tribunal se refere apenas à intensidade da interferência de ambos os lados (I_1 , I_2). Isso dá sentido à suposição de que o Tribunal atribui o mesmo peso abstrato (W_1 , W_2) à liberdade de expressão (P_1) e ao direito da personalidade (P_2). Essas gradações silenciosas são observadas em muitos casos. Para Fórmula do Peso, isso significa que W_1 e W_2 podem ser reduzidos. O mesmo parece se aplicar ao grau de confiabilidade das premissas empíricas (R_1 , R_2). Isso mostra que a fórmula do peso é um instrumento que promove não apenas uma descrição do que o tribunal explicitamente apresentou, mas também uma reconstrução do que foi implicitamente considerado. Nesse sentido, a Fórmula do Peso pode ter um papel não apenas reconstrutivo, como crítico.

52 BVerfGE 86, 1 (13).

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Ver sobre isso: Matthias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review” em: Matthias Klatt (ed), Institutionalized Reason (2012), 213-17.

A pretensão de correção, necessariamente conectada com os direitos fundamentais e com o direito em geral, exige que a aplicação dos direitos fundamentais seja o mais racional possível. O mais alto grau de racionalidade possível pode ser alcançado apenas por meio do exame da proporcionalidade. Dessa forma, a pretensão de correção estabelece uma conexão necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade. Isso implica a inclusão da proporcionalidade no próprio conceito de direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trad, [1985] 2002).
- AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol 1 (5. ed, 1911).
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy* (2006).
- BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law* (2004).
- BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed, 1970).
- BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty* (1969).
- DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (2006).
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg trad, [1992] 1996).
- HART, H.L.A. 'Legal Rights' in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982).
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919).
- MACCORMICK, Neil. 'Rights in Legislation' in P.M.S. Hacker and Joseph Raz (eds), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (1977)
- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72.

RECEBIDO EM: 17/01/2019

APROVADO EM: 10/05/2019

A AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO E A INCORPORAÇÃO DO DEVER DE DILIGÊNCIA NA MINERAÇÃO DE FUNDOS MARINHOS

*THE NATIONAL MINING AGENCY AND THE
INCORPORATION OF THE DUTY OF DILIGENCE INTO
DEEP SEA MINING*

Adriano de Ávila Furiati

*Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília –
UnB. Pós - Graduação em Direito Público (Escola Superior do Ministério Público
do DF e dos Territórios), Pós - Graduação em Advocacia Pública (Instituto de
Desenvolvimento Democrático em parceria com a Universidade de Coimbra).*

Procurador Federal – AGU.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Exploração Mineral na
ÁREA e Obrigações Internacionais dos Estados; 2.
Limitação do Direito Nacional na Mineração nos Fundos
Marinhos; 3. O Dever de Diligência do Estado Brasileiro
e o Contrato da CPRM: *Companhia de Pesquisas de
Recursos Minerais*; 4. O Poder Normativo da Agência
Nacional da Mineração; 5. A Agência de Mineração
e os Contratos na ÁREA; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa o cumprimento das obrigações internacionais de *Devida Diligência* pelo Estado brasileiro, nas atividades de mineração em fundos marinhos na ÁREA (região adjacente à Plataforma Continental Brasileira), a partir do problema existente no relacionamento entre as jurisdições nacional e internacional. O método de pesquisa é dedutivo e se contextualiza na primeira experiência brasileira de mineração na ÁREA, realizada por meio de contrato firmado com Autoridade Internacional do Mar (AIFM). Tem-se como hipótese que a limitação legislativa e regulatória do direito interno deve ser sanada para permitir que a República Federativa do Brasil, na condição de Estado patrocinador de empresa brasileira, exerça esforço de diligência na mineração na ÁREA. Do ponto de vista de seus objetivos, o estudo é exploratório e descritivo, visto que utiliza estudo de caso, bem como pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, o artigo conclui que a Agência Nacional de Mineração tem papel fundamental na condução do aprimoramento normativo do direito interno, diante da mineração brasileira em águas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Mineração dos Fundos Marinhos. Elevado Rio Grande. Obrigação de Devida Diligência. Direito Minerário. Agência Nacional da Mineração.

ABSTRACT: The article analyzes compliance with the international obligations of Due Diligence by the Brazilian State, in the activities of marine seabed mining in the AREA (region adjacent to the Brazilian Continental Shelf), based on the existing problem in the relationship between national and international jurisdictions. The research method is deductive and is contextualized in the first Brazilian mining experience in AREA, carried out through a contract signed with the International Maritime Authority (AIFM). It is hypothesized that the legislative and regulatory limitation of domestic law should be remedied in order to allow the Federative Republic of Brazil, as a sponsoring State of a Brazilian company, to exercise diligence in mining in the AREA. From the point of view of its objectives, the study is exploratory and descriptive, since it uses a case study, as well as bibliographical and documentary research. Finally, the article concludes that the National Mining Agency plays a fundamental role in the conduct of the normative improvement of domestic law, in the face of Brazilian mining in international waters.

KEYWORDS: Seabed Mining. High Rio Grande. Duty of Due Diligence. Mining Law. National Mining Agency.

INTRODUÇÃO

A posição dos Estados nacionais sobre os fundos marinhos, além da jurisdição nacional, situados em uma região denominada ÁREA¹, foi consolidada pela CNUDM (Convenção Nações Unidas sobre o Direito do Mar), que estabeleceu amplo suporte legal para regulamentar todo o espaço oceânico, suas utilizações e recursos. A CNUDM entrou em vigor, no Brasil, pela edição do Decreto nº 1.530/95, o qual previu, no art. 153, a exploração e exploração² dos recursos na ÁREA, sob duas formas: execução direta³ e indireta⁴.

Os recursos da ÁREA compreendem todos os minerais sólidos, líquidos ou gasosos *in situ* no leito do mar ou no seu subsolo e, uma vez extraídos, são referidos como minerais e seus extratores podem deles dispor livremente (SOUZA, Kaiser *et. al.*, 2007, p. 46). Esses recursos possuem importância estratégica para os Estados em virtude da presença de metais diversos, representando fonte de recursos minerais nos casos de escassez do solo, além de outras riquezas que podem ser exploradas economicamente (ARAÚJO JUNIOR, 2017, p. 36).

As atividades na ÁREA são controladas pela ISBA (*International Seabed Authority*), doravante denominada de “Autoridade”, órgão competente, criado pela CNUDM (art. 156) para regular as relações no ambiente marítimo internacional, possuindo capacidade para o exercício de funções plenas nessa região (art. 176), com vistas à gestão dos seus recursos (art. 157, I).

- 1 A ÁREA compreende leito do mar, os fundos marinhos e subsolo marinho, sendo tratada na Parte XI da CNUDM, que a define como “patrimônio comum da humanidade”, com justiça distributiva, para que todos Estados tenham condições iguais de acesso ao mar e aos seus benefícios
- 2 Segundo ISBA/18/A/11 (Parte I, Item 3, “b”; “c”; “e”): *Exploração* significa a recuperação para fins comerciais de crostas de cobalto na ÁREA e a extração de minerais a partir dela, incluindo a construção e operação de sistemas de mineração, processamento e transporte, para a produção e comercialização de metais; *Exploração* significa a busca de depósitos de crostas de cobalto na ÁREA com direitos exclusivos, a análise de tais depósitos, o uso e teste de sistemas e equipamentos de recuperação, instalações de processamento e sistemas de transporte e a realização de estudos do meio ambiente, técnico fatores econômicos, comerciais e outros fatores apropriados que devem ser levados em exploração. *Prospecção*: significa a procura de depósitos de crostas de cobalto na ÁREA, incluindo estimativa da composição, tamanhos e distribuições de depósitos de crostas cobalto e seus valores econômicos, sem direitos exclusivos.
- 3 Execução Direta realizada por intermédio da Empresa, que pode atuar isoladamente ou em parceria com os Estados-Membros.
- 4 Execução Indireta realizada pelos Estados Membros; empresas estatais ou pessoas físicas ou jurídicas que podem estabelecer relação contratual com a Autoridade. Para tanto, as empresas privadas e estatais ou pessoas físicas necessitam possuir nacionalidade dos Estados Membros ou ser efetivamente contratadas por eles ou seus nacionais, bem como serem patrocinadas por tais Estados.

Nesse contexto, o Estado brasileiro patrocina o contrato assinado pela empresa pública brasileira: a CPRM: *Companhia de Pesquisas de Recursos Minerais ou Serviço Geológico do Brasil* (vinculada ao Ministério de Minas e Energia) com a Autoridade, fato que conferiu exclusividade ao País para realizar (de acordo com *Plano de Trabalho*, também aprovado pela Autoridade), atividades de prospecção e exploração e exploração de Crostas de Ferromangansíferas Ricas em Cobalto⁵, no Elevado do Rio Grande (ERG), no período de 2015 a 2030. A ERG é monte submerso situado na ÁREA, que se eleva desde profundidades médias de 4.000 metros até 800 metros da superfície do oceano, localizado a cerca de 1.100 quilômetros da costa do Rio Grande do Sul (WIELAND, 2015, p. 43).

O objetivo desse estudo é analisar o problema atual e relevante, que é a necessária articulação das jurisdições nacional e internacional, decorrente de mineração marinha em grandes profundidades oceânicas⁶, realizada pela CPRM, por meio de contrato, patrocinado pelo Estado brasileiro, que é o sujeito apto para assumir obrigações e incorrer em responsabilidades internacionais na exploração mineral conduzida na ÁREA (arts. 136-137 da CNUDM).

Trata-se, portanto, de estudo de caso, de natureza exploratória e descritiva, visto que utiliza o caso da primeira exploração mineral brasileira na ÁREA, bem como pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa orienta-se pelo método dedutivo e parte da hipótese que é necessário atualizar a legislação, os regulamentos e normas administrativas nacionais, referentes à mineração marinha, e em especial de fundos marinhos, para que o Estado brasileiro cumpra obrigações pactuadas na CNUDM.

Neste contexto, analisa-se o papel da Agência Nacional da Mineração (ANM), diante das normas decorrentes dessa Convenção e da jurisprudência do Tribunal Internacional do Mar (TIDM), pelas quais é regulado o

5 Atualmente, as atividades de mineração nas águas profundas dos oceanos, em nível mundial, estão sendo propostas, em jurisdição nacional e internacional, concentrando-se em três tipos principais de recursos: Nódulos Polimetálicos (*Nódulos*); Sulfetos Maciços no Fundo do Mar (SMS) e Crostas Ricas em Cobalto (*Crostas*). Embora cada um destes três tipos de minerais necessitem de tecnologias e abordagens específicas, partilham em comum o potencial de causar danos graves ao meio marinho (JONES, D. O.B. *et.al.*, 2018, p. 2). Ressalta-se que outros três países: Rússia, Japão e China possuem contratos, assinados, recentemente, com a Autoridade para prospecção e exploração de crostas de ferromangansíferas ricas em cobalto (ARAÚJO JUNIOR, 2017, p.79).

6 Nesse contexto, salienta-se, que o fato de as grandes profundidades oceânicas possuírem riquezas incalculáveis em metais foi divulgado, amplamente, na década de 60, visto que nessas regiões encontravam-se os chamados nódulos polimetálicos, constituídos normalmente de magnésio, ferro, silício, chumbo, alumínio, cobre, níquel e cobalto (GALINDO, 2015, p. 20).

exercício de atividades de exploração mineral sustentável em águas profundas, além da jurisdição nacional, na região denominada “ÁREA”.

1 EXPLORAÇÃO MINERAL NA ÁREA E AS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS DOS ESTADOS

Neste tópico, pretende-se demonstrar que a atualização do direito nacional, no que diz respeito ao direito aplicado às atividades de mineração em fundos marinhos, contribuirá para incorporação do comportamento de diligência pelo Estado brasileiro, atendendo disposições do direito internacional.

As diferentes obrigações dos Estados na ÁREA são previstas na CNUDM, no Acordo para implementação da Parte IX da CNUDM (Decreto nº 6.440/2008) e nos Regulamentos da Autoridade, que em conjunto, compõem seu Código de Mineração, ao qual se soma obrigações gerais previstas no direito internacional ou decorrentes de outras convenções (MORE; SOUZA, 2015, p. 31).

A natureza das obrigações dos Estados foi esclarecida pela Câmara de Controvérsias do Tribunal Internacional dos Direitos do Mar (TIDM⁷, 2011), que construiu jurisprudência para responder questões postas pelo Estado de Nauru, utilizando o art. 139 (§1º) conexo com o art. 153 (§4º) e com o art. 4, §4º, do Anexo III da CNUDM⁸. Nesse contexto, a Câmara do TIDM assumiu a impossibilidade de a CNUDM estabelecer obrigações

7 TIDM ou ITLOS (INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA)

8 Artigo 139, §1º: *Os Estados Partes ficam obrigados a zelar por que as atividades na ÁREA, realizadas quer por Estados Partes, quer por empresas estatais ou por pessoas físicas ou jurídicas que possuam a nacionalidade dos Estados Partes ou se encontrem sob o controle efetivo desses Estados ou dos seus nacionais, sejam realizadas de conformidade com a presente Parte. A mesma obrigação incube às organizações internacionais por atividades que realizem na ÁREA.* (grifo nosso)

Artigo 139, §2º: *Sem prejuízo das normas de direito internacional e do artigo 22 do Anexo III, os danos causados pelo não cumprimento por um Estado Parte ou uma organização, internacional das suas obrigações, nos termos da presente Parte, implicam responsabilidade; os Estados Partes ou organizações internacionais que atuem em comum serão conjunta e solidariamente responsáveis. No entanto, o Estado Parte não será responsável pelos danos causados pelo não-cumprimento da presente Parte por uma pessoa jurídica a quem esse Estado patrocinou nos termos da alínea b) do parágrafo 2º do artigo 153 se o Estado Parte tiver tomado todas as medidas necessárias e apropriadas para assegurar o cumprimento efetivo do parágrafo 4º do artigo 153 e do parágrafo 4º do artigo 4 do Anexo III. Artigo 139, Item 3. Os Estados Partes que sejam membros de organizações internacionais tomarão medidas apropriadas para assegurar a aplicação do presente artigo no que se refere a tais organizações.* (grifo nosso)

Artigo 153, §4º: *A Autoridade deve exercer, sobre as atividades na ÁREA, o controle que for necessário para assegurar o cumprimento das disposições pertinentes da presente Parte e dos anexos pertinentes e das normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade e dos planos de trabalho aprovados de*

cogentes aos entes atuantes na ÁREA e que são patrocinados pelos Estados, visto que não são “sujeitos de direito internacional”, concluindo que a CNUDM criou obrigações de devida diligência (*due diligence*) para os Estados patrocinadores.

Para Bombaka (2017, p. 12) e Araújo Júnior (2017, p. 110), pelo citado Parecer, o TIDM resumiu a obrigação de diligência como “*de veiller à*” (*obrigação de garantir*), ou seja, os Estados devem adotar comportamentos de diligência, pela adoção de medidas, razoavelmente adequadas, que garantam o cumprimento de obrigações devidas pelas empresas patrocinadas. Já Oliveira e Maljeon-Dubois (2015, p. 118) argumentam que os Estados possuem obrigações de devida diligência referentes a diversas atividades no mar, tanto em área de domínio nacional, quanto nos espaços além de suas jurisdições.

Portanto, a obrigação de devida diligência é de “comportamento” e não de “resultado”, o qual é realizado pela integração, nas legislações nacionais, de medidas razoáveis para assegurar o cumprimento dos instrumentos, exigidos pela Autoridade, para as empresas que exploram/explotam os fundos marinhos.

Enfatiza-se que a *obrigação de diligência* é variável, visto que os Estados possuem diversas evoluções, quanto à capacitação e ao conhecimento científico-tecnológico, para lidarem com mineração nos fundos marinhos. Portanto, o cumprimento dessas obrigações condiciona-se a características de cada sistema jurídico, não sendo exigido, pela Autoridade, para aprovação de contrato de mineração na ÁREA, executado pelos Estados ou por entes patrocinados⁹.

conformidade com o parágrafo 3º. *Os Estados Partes devem prestar assistência à Autoridade, tomando todas as medidas necessárias para assegurar tal cumprimento de conformidade com o artigo 139.* (grifo nosso).

Artigo 4, §4º do Anexo III: O Estado ou os Estados patrocinadores terão, nos termos do artigo 139, a responsabilidade de assegurar, no âmbito dos seus sistemas jurídicos, que o contratante assim patrocinado realize atividades na ÁREA, de conformidade com os termos do seu contrato e com as obrigações que lhe incumbem nos termos da presente Convenção. Contudo, *um Estado patrocinador não será responsável pelos danos causados pelo não cumprimento dessas obrigações por um contratante por ele patrocinado, quando e se Estado Parte tiver adotado leis e regulamentos e tomado medidas administrativas que, no âmbito do seu sistema jurídico, forem razoavelmente adequadas para assegurar o cumprimento dessas obrigações pelas pessoas sob sua jurisdição.* (grifo nosso)

9 Nesse contexto e na perspectiva de buscar o comportamento empresarial que cumpra a *due diligence*, e, portanto, esteja vinculado aos padrões internacionais, foram elaboradas, em 2015, as *Diretrizes de Due Diligence Chinesas para Cadeias de Abastecimento Mineral*. As Diretrizes foram preparadas pela CCCMC - *Câmara de Comércio de Metais Minerais e Importadores e Exportadores de Produtos Químicos da China*, em colaboração estreita com OCDE (*Organização do Comércio e Desenvolvimento*) e com partes interessadas, tais como: órgãos do governo; associações industriais; parceiros internacionais; empresas do setor minerário; organizações não-governamentais e outras partes interessadas na promoção de cadeias

Além da *obrigação de diligência*, a Câmara do TIDM identificou seis obrigações diretas: 1) prestar assistência à Autoridade para o exercício e controle sobre as atividades na ÁREA; 2) aplicar abordagem de precaução; 3) fornecer garantias para que se possa assegurar a proteção do meio ambiente marinho, em caso de ordens de emergência; 5) aplicar as melhores práticas ecológicas 6) dispor de meios de compensação para reparação de danos (ARAÚJO JÚNIOR, 2017, p. 106).

Para a Câmara, o cumprimento das obrigações diretas, pode ser fator pertinente para que o Estado patrocinador seja considerado cumpridor de *dever de diligência* (TIDM, Parecer 17/2011, parágrafo. 242). Ressalta-se que a *devida diligência* dos Estados consolida o entendimento da responsabilidade internacional ambiental e a construção do direito nacional ambiental como medida de prevenção e de precaução aos riscos de danos (LIMA, 2014, p. 54).

Assim, verifica-se que o cumprimento da obrigação internacional relaciona-se com a conduta positiva de o Estado brasileiro produzir normas para fiscalizar a empresa patrocinada, e perpassa, necessariamente, pela apropriada regulação das atividades de mineração em fundos marinhos, especialmente, no que toca às especificidades do direito minerário e a sua harmonização com o direito ambiental, ambos aplicados ao ambiente ecológico em águas profundas.

2 LIMITAÇÃO DO DIREITO NACIONAL NA MINERAÇÃO EM ÁGUAS PROFUNDAS

Diante da nova realidade da mineração oceânica, que pode ser desenvolvida tanto em regiões continentais próximas à costa do Brasil, quanto em águas internacionais, é necessário suprimento das lacunas normativas, referentes à exploração e à exploração de recursos minerais marinhos.

Entretanto, verifica-se que a mineração marinha no Brasil, com exceção do petróleo, tem sido pontual e descontínua, restringindo-se à extração de areias para regeneração de praias e extração localizada de

responsáveis de fornecimento de minerais (CCMMC, 2016). Essas Diretrizes se destinam a empresas chinesas que estão extraído e/ou usando recursos minerais e que seus produtos estejam em qualquer ponto da cadeia de fornecimento de minerais. A implementação das Diretrizes será, inicialmente, voluntária, mas incentiva-se as empresas a usá-las como referência. Já em 26/02/2016, a China promulgou a *Lei de Exploração e Exploração de Recursos da Área Profunda do Fundo Marinho da República Popular da China (a Lei Deep Seabed)*, que representou segundo GUOBIN Z. (2016, p. 244), significativo avanço tanto em nível nacional, quanto na esfera internacional.

conchas e algas calcárias no Rio de Janeiro e Espírito Santo (GOMES, A.S. *et. al.*, 2001, p. 448). Nesse texto, o petróleo, mineral marinho mais explorado atualmente no Brasil, não será considerado, estando a cargo da Agência Nacional de Petróleo.

Sendo assim, a legislação brasileira apresenta limitações na regulação da exploração de minérios no ambiente marinho oceânico, tendo em vista que:

- I. Equipara a exploração no ambiente marinho aos ambientes terrestre, lagos e rios internos (art. 25, inciso IV do regulamento do Código Minerário).

O Código Minerário (Decreto-Lei, nº 227, de 28 de fevereiro de 1967) não faz diferenciação da pesquisa e lavra mineral, realizada em terra emersa, de tais procedimentos, realizados no Mar Territorial (MT); na Zona Econômica Exclusiva (ZEE) ou na Plataforma Continental (PC)¹⁰. Nesse contexto, tem-se que:

- I-a) A legislação nacional não diferencia o desenvolvimento da mineração em terra ou na Plataforma continental

Para Trindade (2015, p. 165), a despeito da importância econômica da PC¹¹, visto que abriga atividades tais como: a pesca, a exploração petrolífera e mineral, o tratamento dado pelo direito brasileiro à exploração de recursos da PC não tem sido diferente daquele dado às atividades em terra, exceto no que diz respeito à distribuição de participações governamentais como os *royalties*:

[...] como a exploração mineral na plataforma continental é ainda uma atividade incipiente, sequer existe legislação própria a esse respeito. A legislação atual – Lei 7.990/89 e 8.0001/90, que disciplinam a Compensação Financeira de Recursos Minerais (CFEM) não se reportam à plataforma continental. (p. 162)

10 *Mar territorial* - Até 12 milhas náuticas; *Zona contígua* - De 12 até 24 milhas náuticas; *Zona econômica exclusiva* - De 24 até 200 milhas náuticas; *Plataforma continental* - extensão variável, constituindo prolongamento natural do território terrestre, até seus limites exteriores, estabelecidos segundo o Artigo 76 da Convenção, podendo ir até as 200 milhas náuticas; *Plataforma Continental Ampliada* - De 200 até 350 milhas náuticas.

11 O País tem vasta PC, que pode atingir mais da metade da área do território brasileiro emerso, caso o Brasil obtenha êxito na pretensão, perante a comissão para os *Limites da Plataforma Continental*, visto que, pela CNUDM, os países podem solicitar ampliação de suas PCs até o limite máximo de 350 milhas marítimas (Souza, K. 2007 p. 101).

Para o autor, é de se esperar que, com avanço do interesse do setor mineral sobre os recursos da PC e com a viabilidade econômica de empreendimentos de mineração nessa região, haverá a necessidade de se conceber legislação específica que discipline a questão. Diz o autor (2015):

[...] em 2006, havia 121 áreas da PC sujeitas a direito minerários, sendo essas áreas aumentadas para 560, em 2009 e para 1.248, em 2010. Do total de 1.248 áreas da PC, havia 314 requerimentos de pesquisa; 911 autorizações de pesquisa mineral; 16 requerimentos de lavra e 7 concessões de lavra, sendo a grande maioria desses direitos minerários tinham por objeto sais de potássio e calcário. (p. 156)

Por outro lado, Oliveira (2015, p. 113) cita as imprecisões conceituais, existentes nas normas brasileiras para tratar da exploração e da investigação na PC, como por exemplo, o conceito de “investigação científica marinha” na Lei 8.617/1993 (arts. 8º e 13º). Para a autora, apesar de a definição conceitual constar do Decreto 96.000/2008, necessita ser mais bem delimitada, visto que pode gerar interpretações restritivas à investigação científica marítima.

I-b) Não particularização de licenciamentos, realizados em profundidades marítimas distintas

O licenciamento ambiental no Brasil é regido pela Lei Complementar 140/2011, que não diferencia o meio marinho. Entretanto, o mar aberto é cientificamente dividido em reinos, conforme as profundidades: epipelágica (0–200 m), mesopelágica (200–1000 m), batipelágica (1000–4000 m), abissopelágica (4000 m diretamente acima do solo oceânico) e hadopelágica (água oceânica em trincheiras submarinas), considerando-se essa classificação vertical uma simplificação, visto que as diferentes profundidades estão interconectadas, por meio ampla variedade de mecanismos, incluindo produção e transferência de energia em redes alimentares, ciclagem de nutrientes e matérias-primas, mudanças no uso do *habitat*, à medida que as criaturas se desenvolvem e crescem, diariamente e sazonalmente. (O’LEARY. *et. al.*, 2018)

I-c) Mineração licenciada em ambiente marinho que envolve desconhecimento científico dos ecossistemas.

Para Jones *et. al.* (2017, p. 152), a realidade do oceano aberto é diversa e desconhecida, sendo vulneráveis *habitats* que se encontram no fundo do mar,

visto que necessitam de proteção diferenciada, especialmente no mar profundo, devido à necessidade dos longos períodos de recuperação.

Schlacher *et al.*(2013) cita estudos de vários autores, tais como: Koslow *et al.*(2001); Clark *et al.*(2010); Althaus *et al.*(2009); Rowden, A.A. *et al.*(2009) e Williams *et al.* (2010), que constataram a vulnerabilidade dos montes marinhos. Diz o autor:

A biota submarina é particularmente sensível e vulnerável à perturbação e exploração humana (Koslow *et al.*, 2001 e Clark *et al.*, 2010). Comunidades bentônicas em montanhas submarinas geralmente compreendem invertebrados frágeis, de crescimento lento e longos (por exemplo, corais) que têm tolerâncias muito baixas a distúrbios físicos (Althaus *et al.*, 2009). Essas características biológicas se traduzem em grandes impactos ecológicos onde as práticas de pesca usam equipamentos que entram em contato repetidamente com o fundo do mar (Rowden *et al.*, 2009). Isso também significa que a recuperação da fauna pode ser extremamente prolongada, provavelmente levando décadas a séculos (Williams *et al.* 2010) (p. 492).

Por outro lado, o pouco conhecimento sobre os ecossistemas associados aos montes submarinos é confirmado por Koslow (2007), que relata sobre a escassez de informações biológicas referentes às Crostas Ricas em Cobalto e a possibilidade de que a composição química dessas Crostas influencie a formação e abundância de comunidades faunísticas nos montes, reconhecidas como grande impedimento ao desenvolvimento de opções de mineração em cobalto. A biodiversidade das Crostas Ricas em Cobalto foi também analisada, em estudo recente da Autoridade (ISBA, 2011, p. 16), em montes submarinos semelhantes à ERG, tendo sido identificadas 967 espécies existentes nesse ecossistema.

Para Sousa K. *et al.* (2007, p. 51), pode-se considerar que toda a extensão dos fundos marinhos sob jurisdição brasileira permanece praticamente desconhecida, quanto à potencialidade de seus recursos minerais¹², que, pelo pouco que se sabe, pode ser enorme, com reais possibilidades de contribuição para o desenvolvimento do país.

¹² Para o autor em relação aos fundos marinhos brasileiros, existem algumas regiões que despertam maior interesse em razão de recursos minerais, associados ao oceano profundo, tais como: a *Plataforma continental do Arquipélago São Pedro*, que representa o único lugar sob a jurisdição brasileira onde existe cordilheira mesoceânica, com potencial para a exploração de sulfetos polimetálicos; a *ZEE e a Plataforma Continental da ilha de Trindade e regiões oceânicas adjacentes*, onde existem nódulos polimetálicos; a *região dos montes submarinos que ocorrem na margem central brasileira e, por fim, a região dos montes submarinos da Cadeia Vitória-Trindade*, onde existe a possibilidade da ocorrência de crostas cobaltíferas (Souza, K., 2000, p. 464).

II - Não incorporação da realidade singular dos fundos marinhos nas políticas nacionais.

A Política Marítima Nacional (Decreto nº 1.265/1994) e Política Nacional para os Recursos do Mar (Decreto 5.377/2005) não definem *recursos minerais dos fundos marinhos* nas políticas públicas nacionais, visto que concebe, que:

[...] os recursos não vivos do mar compreendem os recursos minerais existentes nas águas sobrejacentes ao leito do mar, no leito do mar e seu subsolo, e os recursos energéticos advindos dos ventos, marés, ondas, correntes e gradientes de temperatura. (Item 3: Recursos do Mar)

Embora o art. 6º do Decreto nº 9.406 de 12/06/2018¹³, que regulamenta o Código de Mineração, tenha sido expresso com relação aos minérios localizados nos fundos marinhos, a ANM não expediu qualquer ato para regulamentar as especificidades destas atividades no ambiente marítimo.

III. Falta de previsão de cobrança de *royalties* sobre a extração de minérios das águas marinhas.

A legislação que regulamenta a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) não se reporta hidrosfera, motivo pelo qual o minerador, além de não necessitar de qualquer autorização para extrair qualquer substância das águas marinhas, também não recolhe o preço público que é exigido para a extração da mesma substância em ambiente terrestre.

4 O DEVER DE DILIGÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO E O CONTRATO DA CPRM

O aprimoramento do direito nacional para torná-lo mais aderente ao cumprimento do dever de diligência, exigido pela CNUDM, pela qual foi estabelecido o Regime Jurídico do Mar¹⁴, não deve aguardar

13 Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - jazida - toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, que aflore à superfície ou que já exista no solo, no subsolo, no leito ou no subsolo do mar territorial, da zona econômica exclusiva ou da plataforma continental e que tenha valor econômico.

14 *O Regime Jurídico do Mar subdividido em cinco grandes regimes: 1. Regime jurídico das águas ou massa d'água; 2. Regime jurídico de solo e subsolo; 3. Regime jurídico de regulação, proteção e prevenção da poluição do meio marinho; 4. Regime jurídico de investigação marinha, desenvolvimento e transferência de tecnologia e 5. Regime jurídico de exploração dos fundos marinhos*, sobre o qual foca o presente texto (MORE, R. F., 2014, p. 65-66).

pela terceira etapa do contrato¹⁵, ou seja, pela Etapa de Exploração, visto que a mineração marinha em mar profundo já é realidade econômica.

Nesse sentido, Oliveira e Maljean-Dubois (2015, p. 220) relatam, que a despeito da potencialidade dos danos na ÁREA não ser ainda determinada, e da inexistência de casos concretos julgados, sobre casos decorrentes de atividades de exploração e da exploração, já há indicação de obrigações diretas dos Estados perante a Autoridade e de critérios da obrigação de devida diligência, que devem ser observados pelos Estados.

Para Oliveira e Maljean-Dubois (2015, p. 220), o Parecer Consultivo nº. 17 do TIDM entendeu que o Estado tem a obrigação de conduta de criar normas e regulamentos, para garantir que a empresa contratante siga corpo normativo ambiental mínimo. Entre as medidas de prevenção que devem ser adotadas pelo Estado, podem ser citadas a exigência de estudo de impacto ambiental¹⁶ e a existência de corpo normativo que garanta a implementação da obrigação de reparar o dano em caso de descumprimento.

O contrato da CPRM com a Autoridade, pelo cronograma estabelecido, será findado em novembro de 2030, entrando na fase de exploração em 2019 e na fase de exploração, em 2025, estando previstos investimentos de R\$ 450,00 milhões, conforme Plano Nacional de Mineração¹⁷ (pág. 103), conforme Tabela 1. Deve-se, ainda, ter em conta que pela jurisprudência do TIDM, que se o Estado tiver adotado todas as medidas necessárias e apropriadas, para cumprir as suas obrigações de conduta, não será responsabilizado pelos eventuais danos causados ao meio ambiente marinho (CNUDM, Art. 4, parágrafo 4 do Anexo III).

15 Salienta-se que o Plano de Trabalho, elaborado pela CPRM, divide-se em 3 etapas, voltadas para prospecção; exploração e exploração, respectivamente, tendo cada uma previsão de cinco anos de duração (WEILAND, p. 45).

16 É importante enfatizar que as recomendações existentes da Autoridade, para orientar os contratantes na realização de *avaliações de impacto ambiental*, referem-se, principalmente, a estudos de base e a *dados ambientais* durante a fase de exploração, mas ainda não indicam como essas informações devem ser vinculadas para testes de mineração, exploração, monitoramento ou outras atividades futuras dentro de um projeto, ou para avaliações regionais (DURDEN, Jennifer M *et. al.*, 2017, p. 2).

17 Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1732821/Book_PNM_2030_2.pdf/f7cc76c1-2d3b-4490-9d45-d725801c3522>.

Atividade/ Período	2009/2010	2011/2015	2016-2022	2023-2030	Total
PC Continental	8,0	66,57	93,4	136	304,1
ÁREA	8,3	95,3	151	196	450,6
Total	16,3	162	244,4	332	754,7
Média Anual	8,2	32,4	34,9	41,5	37,7

Nota: valores em R\$ (2010) milhões.

TABELA 1: Investimentos em levantamentos geológicos e prospecção de recursos minerais marinhos.

Argumentou-se, que apesar de existirem normativos estabelecidos pelo direito nacional, existem várias limitações das legislações para tratar de especificidades da mineração marinha em águas sob jurisdição nacional, especialmente em fundos marinhos, fato talvez decorrente da pouca experiência que o País possui na mineração marinha oceânica de metais como o cobalto.

A deficiência legislativa nacional para tratar do meio marinho já foi apontada como limitação para que o Estado brasileiro cumpra obrigações pactuadas na CNUDM, por autores, tais como: Araújo (2017); Amaral *et.al* (2015); Bessow (2015); Bombaka; Calvacanti (2011); More e Souza (2015); Oliveira (2015) e Souza K. (2007). No contexto da exploração realizada pela CPRM, para Araújo (2015, pág. 78), o aprimoramento legislativo é ainda mais necessário em decorrência da falta de conhecimento técnico sobre áreas de incidências das Crostas Cobaltíferas, como já foi relatado no item 3 desse texto, fato confirmado por More R. (2015, pág. 18), que relata que as crostas cobaltíferas carecem de maiores análises, principalmente na perspectiva ambiental, a fim de possibilitar a gestão sustentável dos recursos da ÁREA.

Para a ISBA (2008, p. 3), embora já existam muitos instrumentos relacionados com a gestão dos recursos marinhos, dentro e fora da jurisdição nacional, o ambiente marinho e a biodiversidade marinha continuam a deteriorar-se e não existe regime formal para a designação de ferramentas de gestão baseadas em *Áreas Marítimas Protegidas* (AMPs) no Alto Mar. Sendo assim, a CNUDM dispõe sobre conservação de recursos vivos dentro de zonas econômicas: ZEEs (Artigo 61) e no Alto Mar (Parte VII, Seção 2), mas carece de mecanismos para o estabelecimento de AMPs.

5 O PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO

O cumprimento da devida diligência, como já analisado, perpassa pela regulação das atividades de mineração oceânica em nível nacional. Nesse ponto reside a importância do papel da Agência Nacional de Mineração (ANM), visto que essa Agência se vincula ao setor regulado (mineração), tendo como incumbência normatizar e fiscalizar de maneira específica as questões relativas à exploração e à exploração de minérios, inclusive no que tange às peculiaridades dessas atividades exercidas na Plataforma Continental.

Logo, ante toda a especificidade da mineração e, mais ainda, em razão das peculiaridades dos fundos marinhos, cabe à ANM adotar instrumentos normativos infralegais (sejam eles portarias, regulamentos ou resoluções) com a finalidade de proporcionar ambiente regulado com normas técnicas¹⁸.

Essa atuação da Agência é aderente com sua configuração legal, visto que a ANM foi criada pela Medida Provisória nº 791/2017 e convertida na Lei nº 13.575 de 26/12/2017. Em novembro de 2018, foi publicado o Decreto nº 9.587 no Diário Oficial da União (DOU), instalando a Agência ANM, que foi definida pelo artigo 1º:

Autarquia sob regime especial, com sede e foro no Distrito Federal, personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, nos termos da Lei nº 13.575, de 27 de dezembro de 2017, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tem por finalidade promover a gestão dos recursos minerais da União e a regulação e a fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais no País. (grifo nosso)

Portanto, a ANM foi constituída como “autarquia especial” no direito nacional, em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia, tendo a autonomia administrativa e financeira (quanto à decisão, objetivos, instrumentos, financiamento) como característica. Essa autonomia possibilita ostensiva delegação de poderes às agências reguladoras, uns quase legislativos, outros quase judiciais e outros regulamentares.

Logo, o poder normativo técnico indica que as autarquias especiais recebem, das respectivas leis, delegação para *editar normas técnicas complementares de caráter geral* (não normas básicas de política

18 Nesse ponto, cita-se que planos para mineração, em águas profundas sob jurisdição nacional, também estão sendo implementados, com licenças de mineração concedidas para sulfetos maciços no leito marinho de Papua Nova Guiné e sedimentos ricos em metais no Mar Vermelho (JENIFFER et. al, 2017, p. 1).

legislativa), retratando poder regulamentar mais amplo, pois tais normas são introduzidas, no ordenamento jurídico, como direito novo (FILHO, 2011, p. 66-67). Nesse contexto, não há transferência do poder legisferante à ANM, mas cabe, a esta Agência, *estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada em lei.*

Sendo assim, a ANM tem finalidade de realizar a gestão dos recursos minerais da União, o que envolve a regulação e fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais (art. 2º do Decreto nº 9.587/18¹⁹) e dentro dessa competência se inserem os minerais dos fundos marinhos.

6 A AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO E OS CONTRATOS NA ÁREA

Nesse texto, argumentou-se que a atuação da ANM é fundamental, tanto no aprimoramento da legislação nacional (sejam leis, medidas administrativas ou regulamentos) referente à mineração oceânica, quanto sob o prisma de cumprimento de responsabilidade do País, enquanto Estado patrocinador de empresas que exercem atividades minerárias na ÁREA, especialmente levando-se conta as peculiaridades dos fundos marinhos, as quais podem ensejar a responsabilidade do País por descumprimento do dever de diligência.

Nesse item, será enfatizado que é relevante o papel da ANM, na condição de membro do Comitê Executivo (conforme Portaria MB nº 312, de 16.09.2009), criado para coordenar o PROÁREA - *Programa de Prospecção e Exploração de Recursos Minerais da área Internacional do Atlântico Sul Equatorial*, no âmbito da Comissão Interministerial para os

19 I - implementar a política nacional para atividades de mineração; II - estabelecer normas e padrões para o aproveitamento dos recursos minerais, observadas as políticas de planejamento setorial, definidas pelo Ministério de Minas e Energia e as melhores práticas da indústria de mineração; VI - estabelecer os requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos a serem atendidos pelos interessados na obtenção de títulos minerários; XI - fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos delas decorrentes, além de comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso; XII - regular, fiscalizar, arrecadar, constituir e cobrar os créditos decorrentes: a) da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM, de que trata a *Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989*; b) da taxa anual, por hectare, a que se refere o *inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 - Código de Mineração*; e c) das multas aplicadas pela ANM; (...) XXIX - normatizar e reprimir as infrações à legislação e aplicar as sanções cabíveis, observado o disposto na *Lei nº 13.575, de 2017*.

Recursos do Mar (CIRM) visto que no âmbito desse Comitê se insere a execução do contrato da CPRM.

O Comitê Executivo (CE) é composto por diversos membros²⁰, entre os quais a CPRM e a atual ANM (antigo DNPM), estando subordinado à *Subcomissão para o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar*²¹ (PSRM) e sendo coordenado pelo Representante do Ministério das Relações Exteriores (MRE).

O CE é assessorado pelo Grupo Operacional, que por sua vez, é coordenado pela CPRM, com apoio técnico científico dos diversos ministérios e instituições, representados neste comitê, e da comunidade científica (artigo 4º da Portaria MB 312 de 16.09.2009).

Portanto, a execução do contrato da CPRM com a Autoridade está a cargo do Grupo Operacional, coordenado pela CPRM, que por sua vez, também faz parte do Comitê Executivo, responsável pelo PROÁREA. Ou seja, a CPRM coordena o Grupo Operacional e é, também, membro do Comitê Executivo.

Nesse contexto, a execução do contrato da CPRM se insere no arranjo institucional da CIRM, que segundo Barros-Platiau *et al.* (2001, p. 472) foi estruturado pela perspectiva estratégico-militar, sendo limitado para tratar de questões ambientais globais, visto que a Marinha brasileira atua em determinadas agendas na governança dos oceanos, sendo que questões ambientais contemporâneas ficam a cargo de outros ministérios: MCTI (Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação); MRE (Ministério das Relações Exteriores) e MMA (Ministério do Meio Ambiente).

Nesse contexto, percebe-se que a ANM é ator fundamental de uma indústria em formação, qual seja: a indústria de mineração marinha, tanto

20 Representante do Ministério da Defesa (MD); Representante do Ministério de Minas e Energia (MME); Representante do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT); Representante do Ministério do Meio Ambiente (MMA); Representante do Ministério da Integração Nacional (MI); Representante do Ministério da Educação e Cultura (MEC); Representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC); Representante da Marinha do Brasil (MB); Representante da Comunidade Científica; Representante do Serviço Geológico do Brasil (CPRM); Representante do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); Representante da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (SECIRM); Representante da Empresa Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS). (grifo nosso).

21 Esse Plano objetiva aprimorar o uso sustentável dos recursos vivos, não-vivos e o monitoramento oceanográfico e climatológico, “*ampliando o horizonte de atuação do governo para espaços marítimos além dos limites da jurisdição nacional*”. Dessa forma, o IX PSRM abrange a Zona Costeira, a ZEE e PC Brasileira, incluindo o seu leito e seu subsolo, bem como as demais áreas marítimas de interesse brasileiro.

sob a perspectiva de normatização e regulação interna, quanto pelo papel relevante a ser cumprido no arranjo institucional internacional.

7 CONCLUSÃO

No atual contexto em que a mineração oceânica tem atenção renovada devido aos preços recordes de *commodities* minerais²²; à evolução das capacidades técnicas e à aprovação de regulamentos internacionais para prospecção e exploração²³ mineral, bem como tendo em vista a exploração brasileira na ÁREA²⁴, enfatizou-se, neste artigo, a relevância da ANM em relação ao aprimoramento do direito nacional, com vista a torná-lo mais aderente ao cumprimento do dever de diligência, uma vez que a República Federativa do Brasil é Estado Parte da CNUDM, e, portanto, sujeito de direito internacional responsável pelo contrato firmado pela CPRM com a Autoridade.

A obrigação de legislação e normatização administrativa é fundamental, no âmbito interno, não somente devido ao fato de vincular o Estado brasileiro no que concerne ao monitoramento da execução do contrato da CPRM na ÁREA, no período de 2015-2030, mas também por permitir que o Brasil se adapte aos padrões internacionais existentes, segundo suas próprias capacidades econômicas e científicas (técnicas) de controlar riscos de um empreendimento.

Portanto, as leis, regulamentos e normas administrativas nacionais não podem ser menos eficazes que aquelas adotadas em âmbito internacional, ou seja, pela CNUDM e regulamentos conexos. Nesse contexto, o Estado brasileiro deve exigir da CPRM, a adoção das melhores tecnologias disponíveis e implantar medidas de monitoramento e vigilância.

Além disso, em razão da própria natureza do dano ecológico na ÁREA, que é patrimônio comum da humanidade, a obrigação de Devida Diligência demanda implementação de medidas de cooperação no plano internacional, que possam propiciar aplicação mais eficaz das medidas

22 Dados de Preços de Mercadorias do Banco Mundial (Folha Rosa); Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/research/commodity-markets#1>>. Acesso em: out. 2017.

23 ISBA, Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area (2013); Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area, 2014 e Regulation on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area, 2014.

24 Salienta-se, ainda, que até 2017, a Autoridade, entidade reguladora da ÁREA, concedeu 28 contratos de exploração de: Nódulos Polimetálicos; Sulfetos Maciços no Fundo do Mar (SMS) e Crostas Ricas em Cobalto a serem explorados por entidades públicas e privadas (DURDEN, Jennifer M., 2017, p. 1).

legislativas e administrativas estatais, bem como criar situações de assistência multilateral em caso de situação de dano na ÁREA.

Neste ponto, é importante salientar que a AMN, em razão do poder normativo conferido às agências reguladoras, tem a incumbência de promover a regulação, por meio da edição de atos infralegais, que prevejam especificidades de atividades minerárias na Plataforma Continental brasileira.

Relatou-se, ainda, que a China elaborou, em 2015, *Diretrizes para de Devida Diligência*, destinada a empresas chinesas que estão extraíndo e/ou usando recursos minerais e tenham seus produtos incluídos em qualquer ponto da cadeia de fornecimento de minerais. Esse País também promulgou, em 2016, Lei de Exploração e Exploração de Recursos em Águas Profundas.

Sendo assim, identificou-se como pertinentes questões específicas sobre: normas aplicáveis na mineração marinha nacional; exploração e exploração dos recursos da ÁREA; proteção ambiental; pesquisa científica; mecanismos de fiscalização, bem como o atendimento às obrigações internacionais e ao dever de diligência por parte do Estado brasileiro.

Portanto, considerando o valor econômico real e potencial dos minerais, associados aos fundos marinhos, a ANM devido à capacitação técnica, bem como ao fato de ser membro integrante do Comitê Executivo, que tem a função de coordenar PROÁREA, deve ser mais do que uma das Partes Interessadas na condução de contratos de mineração em águas internacionais, mas propiciar o avanço do direito, com a finalidade de incorporar a realidade de uma indústria em formação, qual seja: a mineração em fundos marinhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 1967. *Código Minerário Brasileiro*. Decreto-Lei, nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: janeiro/2018.

BRASIL, 1993. *Lei no 8.617, de 4 de janeiro de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm. Acesso em: março/2018.

BRASIL, 1994. *Decreto nº 6.440, de 23 de abril e 2008*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2008/decreto-6440-23-abril-2008-574519-publicacaooriginal-97650-pe.html>. Acesso abr. 2018.

BRASIL, 1994. *Decreto nº 1.265 de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1265.htm>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL, 1995. *Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL, 1988. *Decreto nº 96.000/1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1980-1989/D96000.htm>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL, 2005. *Decreto nº 5.377 de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5377.htm>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL, 2011. MME. *Plano Nacional de Mineração, 2030*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1595593/PNM_2030.pdf/584e906a-8bdc-4c80-bd34-00de2be644b>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL, 2011. *Lei complementar 140 de 2011*, trata da competência dos órgãos ambientais em matéria de licenciamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5377.htm>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL, 2016. *Decreto nº 8.907, de 22/11/2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8907.htm>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL, 2018. *Decreto 9.406 de 12/06/2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm>. Acesso em: ago. 2018.

CHINA, 2016. CCCMMC. Câmara de Comércio de Metais, Minerais e Importadores e Exportadores Químicos. Diretrizes Chinesas. *Due Diligence para cadeias de fornecimento mineral responsáveis*. Disponível em: <<https://mneguidelines.oecd.org/chinese-due-diligence-guidelines-for-responsible-mineral-supply-chains.htm>>. Acesso em: nov. 2018.

CNUDM, 1992. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. Montego Bay, Jamaica, 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: mar. 2018.

ISBA, 2008. *Considerations relating to an economic assessment of the marine environment in the Area and the use of area-based management tools to conserve biodiversity*. Legal and Technical Commission. Fourteenth session. Kingston, Jamaica. 26.05-06.06.2008. ISBA/14/LTC/5, p.2-3. Disponível em: www.isa.org.jm/document/isba14ltc5. Acesso em: nov. 2018.

ISBA, 2011. INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY- ISBA: TECHNICAL STUDY N° 8. *Estudo Técnico n° 8: Fauna of Cobalt-rich ferromanganese crust seamounts*. Kingston, Jamaica. ISBA, 2011. Disponível: <<https://www.ISBA.org.jm/sites/default/files/files/documents/tstudy8.pdf>>. Acesso em: nov. 2018.

ISBA, 2013. INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. *Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-rich Ferromanganese Crusts in the Area*. ISBA/18/A/11 (25 July 2012) alteradas por ISBA/19/A/12 (25 July 2013). Disponível: <<http://www.isa.org.jm/files/documents>>. Acesso em: mar. 2018.

ISBA, 2014. INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. *Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*. ISBA/6/A/18 (2000) alteradas por ISBA/19/A/9; ISBA 19/A/2012 (2013) e ISBA/20/A/9 (2014) Disponível em: <<http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Regs/MiningCode.pdf>>. Acesso em: mar. 2018.

ISBA, 2014. INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY. *Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area*. ISBA/16/A/12 Rev.1(2010) alteradas por ISBA/19/A/12 (2013) e ISBA/20/A/10 (2014). Disponível em: <<http://www.isa.org.jm/files/documents>>. Acesso em: mar. 2018.

TIDM (ITLOS: INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY.) *Tribunal Internacional do Direito do Mar*. Caso n° 17 Fevereiro de 2011. Disponível em : <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf>. Acesso em: abr. 2018.

ALTHAUS, F.; WILLIAMS, A.; SCHLACHER, T.A.; KLOSER, R.J.; GREEN, M.A.; BARKER, B.A.; BAX, N.J.; BRODIE, P.; SCHLACHER-HOENLINGER, M.A. (2009) *Impacts of bottom trawling on deep coral ecosystems of seamounts are long-lasting*. MarineEcology-Progress Series, 397, 279-294. Disponível em: <<https://www.int-res.com/abstracts/meps/v397/p279-294/>>. Acesso em: dez. 2018.

AMARAL JUNIOR, L. R. S; OLIVEIRA, Carina C.; MONT'ALVERNE, Tarin. A implementação no Brasil da Obrigação de Conservar o Meio Ambiente Marinho: Algumas Lacunas na Preservação da Biodiversidade

Marinha. In: MENEZES, Wagner (Org). *Direito do Mar: desafios e perspectivas*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015.

ARAÚJO JÚNIOR, Luiz Ricardo Santana. *A responsabilidade dos Estados patrocinadores na exploração de minerais nos fundos marinhos*. Aracaju: Universidade de Tiradentes: Dissertação de Mestrado, 2017. Disponível em: <<https://mestrados.unit.br/wp-content/uploads/sites/5/2017/06/LUIZ-DISSERTA%C3%87%C3%83O-Defesa-21-02-2017.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Novos atores, Governança Global e o direito internacional ambiental. Debate baseado no colóquio do Centro de Direito Internacional da Universidade de Paris X*, França, 2 e 3 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31997-37543-1-PB.pdf>>. Acesso em: out. 2018.

BESSOW, Pedro Ricardo T.F. *Limites da proteção ambiental dos fundos marinhos no âmbito da investigação e da exploração de sulfetos polimetálicos*. Universidade de Brasília, monografia apresentada junto ao curso de Direito. Brasília: UnB, 2015, 69p. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/10996>>. Acesso em: jun. 2018.

BOMBAKA, Harvey Mpoto. *Os desafios da implementação da obrigação de Due Diligence no contexto da exploração do mar: aspectos nacionais e Internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado, 2017, 167 p. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/23513>>. Acesso em: abr. 2018.

CALVACANTI, Vanessa Maria Mamede. *Plataforma continental: a última fronteira da mineração brasileira*. Brasília: DNPM, 2011, 96 p. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/publicacoes/serie-sustentabilidade/plataforma-continental-conteudo>>. Acesso em: maio 2018.

CLARK, MR.; F. Althaus; TA Schlacher; A. Williams; DA Bowden; A Rowden. Os impactos da pesca de profundidade em comunidades bênticas: uma revisão. *ICES, Mar. Science*, 73 (2016), p. 151-169. Disponível em:<<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351989418301021#bib10>>.

CLARK, M.R; ROWDEN, A.A.; SCHLACHER, T.; WILLIAMS, A.; CONSALVEY,M.; STOCKS, K.I.; ROGERS, A.D.; O'HARA, T.D.; WHITE, M.; SHANK, T.M.; HALL-SPENCER, J.M. (2010) The ecology of seamounts: structure, function, and human impacts. *Annual Review of Marine Science*, 2, 253–278.

DURDEN, Jennifer M. et. al. A procedural framework for robust environmental management of deep-sea mining projects using a conceptual model. *Marine Policy* 84 (2017), p. 193-201. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-marine-120308-081109>>. Acesso em: nov. 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Agências Reguladoras e Poder Normativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.): *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GALINDO, George R. Bandeira. As Posições Brasileiras na Formação de um Regime para os Fundos Marinhos. p.16- 37. In: *Meio Ambiente Marinho e Direito*. Coord. (Carina C. de Oliveira). Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Abílio S. et. al. Causas e Consequência do Impacto Ambiental da Exploração dos Recursos Marinhos. *Brazilian Journal of Geophysics*, v. 18 (3), 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbg/v18n3/a16v18n3.pdf>>. Acesso em: out. 2018.

GUOBIN Zhang, Pai Zheng. A new step forward: Review of China's 2016 legislation on international seabed area exploration and exploitation. *Marine Policy*, v. 73, 2016, pages 244-255. Disponível: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X16302378>>. Acesso em: nov de 2018.

JONES, Daniel O.B.; ARDRON, Jeff A.; COLAÇO, Ana; DURDEN, Jennifer M. Environmental considerations for impact and preservation reference zones for deep-sea polymetallic nodule mining. *Marine Policy*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2018.10.025>>. Acesso em: nov. 2018.

KOSLOW, J.A.; GOWLETT-HOLMES, K.; LOWRY, J.K.; O'HARA, T.; POORE, G.C.B.; WILLIAMS, A. (2001) Seamount benthic macrofauna off southern Tasmania: community structure and impacts of trawling. *Marine Ecology Progress Series*, 213, 111-125. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/237978442_Seamount_benthic_macrofauna_off_southern_Tasmania_Community_structure_and_impacts_of_trawling>. Acesso em: nov. 2018.

KOSLOW, J.A. (2007) The biological environment of cobalt-rich ferromanganese crusts deposits, the potential impact of exploration and mining on this environment, and data required to establish environmental baselines. Proceedings of the International Seabed Authority's (ISA) *Workshop*, September 2004. Disponível em: <<https://www.isa.org.jm/workshop-establishment-environmental-baselines-deep-seafloor-cobalt-rich-crusts-and-deep-seabed>>. Acesso: nov. 2018.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. Caso do Parecer consultivo do Tribunal Internacional de Direito do Mar de 1º de fevereiro de 2011. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, Brasília: UniCEUB, 2014.

MORE, Rodrigo Fernandes. O regime de regulação, proteção e prevenção da poluição do meio ambiente marinho na Convenção do Mar. In: REI, Fernando; GRAZIERA, Maria Luiza Machado (Coord.) *Direito internacional ambiental: avanços e retrocessos*. São Paulo: Atlas, 2015.

MORE, Rodrigo Fernandes; SOUZA, Cláudia Maria Rezende. *Elevação do Rio Grande: obrigações e responsabilidades*. Brasília: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

O'LEARY, Bethan C.; Roberts, Callum M. Ecological connectivity across ocean depths: Implications for protected Area design. *Global Ecology and Conservation* 15 (2018) e 00431. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2351989418301021?via%3Dihub>>. Acesso em: nov. 2018.

OLIVEIRA Carina C. *et. al.* A Necessidade de Codificação das Normas Brasileiras que Disciplinam a Exploração e a Investigação de Recursos Não Vivos na Plataforma Continental Brasileira: Imprecisão das Definições de Competências, p. 111-137. In: OLIVEIRA, Carina Costa (Org.). *Meio Ambiente Marinho e Direito: exploração e investigação na zona costeira, na plataforma continental e nos fundos marinhos*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Carina Costa; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. Brasília, UniCEUB, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015. p. 109-125.

ROWDEN, A.A.; DOWER, J.F.; SCHLACHER, T.A.; CONSALVEY, M. & Clark, M.R. (2010a) Paradigms in seamount ecology: fact, fiction and future. *Marine Ecology*, 31, 226–241. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1439-0485.2010.00400.x>>. Acesso em: dez. 2018.

SCHLACHER, Thomas A. *Seamount benthos in a cobalt-rich crust region of the central Pacific: conservation challenges for future seabed mining* Diversity and Distributions, 2014, 20, 491–502. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ddi.12142>>. Acesso em: dez. 2018.

SOUZA, J. M. Mar Territorial, Zona Econômica Exclusiva ou Plataforma Continental? *Revista Brasileira de Geofísica*, v. 17(1), 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-261X1999000100007>. Acesso em: fev. 2018.

SOUZA, K. G.; PEREIRA, C. V.; ROCHA NETO, M. B. Arcabouço legal internacional e o espaço marinho brasileiro. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, v. I, 2007, p. 41-59. Disponível em: <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/780/714>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SOUZA, Kaizer G. de, *et. al.* Aspectos político-estratégicos dos recursos minerais da ÁREA internacional dos oceanos. *Revista Parcerias Estratégicas*, n° 24, 2007, p. 95-114. Disponível em: <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/364>. Acesso em: mar. 2018.

_____, G. de. O Futuro da Exploração Mineral em Águas Brasileiras e Internacionais. *Ciência e Cultura*, v. 62, n. 3. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252010000300010>. Acesso em: jan. 2018.

_____, G. de. Recursos Minerais Marinhos Além da Jurisdição Nacional. *Brazilian Journal of Geophysics*, v. 18(3), 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbg/v18n3/a17v18n3>>. Acesso em: jan. 2018.

SOUZA, Kaiser G. de; PEREIRA; Claudia Vitor; NETO, Manuel Barreto da Rocha. Arcabouço legal internacional e o espaço marítimo brasileiro. *Revista Parcerias Estratégicas*, Brasília, n. 24, ago. 2007. p.50-51.

TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. In: Oliveira, Carina C. (coord.). *Meio ambiente marinho e direito: exploração e investigação na zona costeira, na plataforma continental e nos fundos marinhos*. Curitiba: Juruá, 2015.

WIELAND, Eduardo Augusto. *A importância da exploração da elevação do rio grande para o Brasil*. Monografia do Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, 2015, 73 p. Disponível em: <<http://www.esg.br/images/Monografias/2015/Wieland.pdf>>. Acesso em: fev. de 2018.

WILLIAMS, A.; SCHLACHER, T.A.; ROWDEN, A.A.; ALTHAUS, F.; CLARK, M.R.; Bowden, D.A.; STEWART, R.; Bax, N.J.; CONSALVEY, M. & KLOSER, R.J. (2010) Seamount megabenthic assemblages fail to recover from trawling impacts. *Marine Ecology*, 31, 183-199.

RECEBIDO EM: 01/01/2020

APROVADO EM: 12/05/2020

A SELETIVIDADE NO COMBATE À CRIMINALIDADE: A RAZÃO DE SER DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

*SELECTIVITY IN FIGHTING CRIMINALITY: THE REASON
TO BE OF THE BENEFITS GRANTED TO TRIBUTARY
ORDER*

Cesar Riboli

Doutor em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Especialista em Direito Tributário, em Civil e Processo Civil, em Contabilidade Gerencial e em Docência do Ensino Superior. Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Prática Fiscal. Advogado.

Alessandra Riboli

Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos crimes contra a ordem tributária; 2 A extinção da punibilidade e institutos correlatos; 2.1 A extinção da punibilidade pelo pagamento integral e pelo parcelamento do tributo; 2.2 Extinção da punibilidade, arrependimento posterior e atenuante do art. 65, III, “b”, do Código Penal; 3 A

seletividade no combate à criminalidade: razão de ser dos benefícios para os crimes tributários; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O texto aborda a temática que diz respeito a seletividade no combate à criminalidade de natureza tributária. Busca identificar a razão de ser dos benefícios concedidos aos delitos contra a ordem tributária, especialmente no que se refere a eventual seletividade no seu combate. Para realização deste, utilizou-se o método dedutivo como método de abordagem, o método monográfico como método de procedimento e a pesquisa indireta - bibliográfica como técnica de pesquisa. Inicialmente, identifica-se os delitos de natureza tributária, a legislação definidora e sua evolução no tempo. A análise da extinção da punibilidade é evidenciada diante do pagamento integral do tributo devido, do parcelamento do débito, e do arrependimento posterior. O último tópico dedicou-se evidenciar os estudos, especialmente no tocante a seletividade do direito penal brasileiro e sua razão de ser no que diz respeito aos benefícios concedidos a esta espécie de crime. Conclui-se que efetivamente os delitos contra a ordem tributária recebem um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, como uma decorrência das relações de poder que retratam a história do país.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes. Ordem Tributária. Benefícios. Extinção da Punibilidade. Seletividade Penal.

ABSTRACT: The text deals with the theme regarding selectivity in the fight against tax crime. It seeks to identify the *raison d'être* of the benefits granted to the offenses against the tax order, especially regarding the eventual selectivity in their fight. To accomplish this, the deductive method was used as approach method, the monographic method as procedure method and the indirect - bibliographic research as research technique. Initially, the tax offenses, the defining legislation and its evolution over time are identified. The analysis of the extinction of punishment is evidenced by the full payment of the tax due, the installment of the debt, and subsequent repentance. The last topic focused on highlighting the studies, especially regarding the selectivity of Brazilian criminal law and its *raison d'être* with regard to the benefits granted to this type of crime. It is concluded that the offenses against the tax order effectively receive different treatment in the Brazilian legal system, as a consequence of the power relations that portray the history of the country.

KEYWORDS: Crimes. Tax Order. Benefits. Extinction of Punishment. Penal Selectivity.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por finalidade analisar o tratamento penal dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação aos crimes de natureza tributária, de modo a ser verificando eventual a existência de seletividade na aplicação do direito penal nesta esfera do direito.

A pretensão é demonstrar a compreensão de crimes de natureza tributária, identificando-os a partir da legislação brasileira. Neste aspecto, a compreensão da evolução legislativa se mostra importante, pois possibilita compreender de que forma estes crimes foram tratados pela legislação brasileira.

Neste sentido, a análise de determinados institutos relacionados a temática em estudada se mostra extremamente relevante. Estes, são o do pagamento integral do débito tributário, o do parcelamento e do arrependimento posterior, como formas de extinção da punibilidade do agente.

Verificar a existência de seletividade na aplicação do direito penal aos crimes de natureza tributária, exige uma análise do sistema punitivo dos delitos em geral adotadas no Brasil. Assim, será possível, estabelecer relações entre delitos de natureza tributária e os demais tipos de delitos previstos em Lei.

Uma análise, mesmo que sintética em relação a organização social brasileira e de poder, é indispensável para a compreensão das formas escolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro para as distintas formas e graduação e seleção dos delitos e de sua forma de punição.

Assim adotando-se como método de pesquisa o dedutivo, isto porque, ele se baseia em argumentos gerais para se buscar pensamentos específicos em relação as questões propostas, o estudo de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais se constituem em aporte capaz de conduzir a conclusões finais.

1 DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes contra a ordem tributária são, essencialmente, aqueles previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137 de 1990, são eles que tipificam a conduta de reduzir ou suprimir tributo ou contribuições sociais e acessórias. Nos incisos destes artigos, estão descritas diversas condutas, as quais evidenciam em que situação de fato haverá o enquadradas como ilícito penal tributário.

Tais delitos integram o chamado Direito Penal Econômico, nomenclatura esta utilizada pela doutrina. Esse ramo do direito penal busca reprimir os

chamados “crimes do colarinho branco”, que recebem essa denominação, segundo Andrade Filho (2015), em virtude de que os crimes dessa natureza são substancialmente cometidos por empresários e grandes diretores, pessoas que possuem boa instrução e, em decorrência disso, prestígio social.

De uma maneira geral, tratam-se de crimes que não apresentam elevada rejeição social, isso ocorre devido ao fato de serem cometidos sem violência e sem a utilização de armas (ANDRADE FILHO, 2015), contudo, são tão prejudiciais a sociedade quanto os outros tipos de crimes.

Os preceitos constantes na Lei nº 8.137/90, descrevem crimes de natureza fiscal, onde o objetivo é o reprimir a evasão fiscal, seja da espécie que form. Portanto, a lei trata dos atos praticados com o intuito de sonegação de tributos, ou seja, de não pagamento.

Assim, quando é atribuído tratamento criminal distinto para os crimes fiscais em relação a outros crimes, significa fomentar um problema social. Isto porque, ao se beneficiarem ilicitamente da evasão fiscal, os sonegadores, ainda acabam por ganhar uma vantagem indevida para com aqueles que corretamente efetuam o recolhimento ao Erário Público dos valores devidos (ANDRADE FILHO, 2015).

Outrossim, é importante referir que, em que pese estejam incorretamente capitulados, o Código Penal também traz dispositivos que se referem a crimes praticados contra a ordem tributária, são os delitos descritos nos artigos 168-A e 337-A, que são os de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, respectivamente. Esses delitos se encontram no título referente a crimes contra o patrimônio e como delito praticado por particular contra a administração em geral, porém, tutelam, na realidade, a ordem tributária.

Ainda, torna-se importante destacar que os crimes contra a ordem tributária atingem a sociedade de modo geral, causando lesividade social intensa, já que seus efeitos são difusos, supra individuais e coletivos. Isso ocorre, na medida em que a sociedade é a destinatária das prestações positivas do Estado, assim, eventual despenalização de condutas criminosas ou a insuficiência de proteção sobre a ordem tributária e econômica interfere exatamente com a sociedade (PINTO, 2001). Aliás o dano coletivo é maior que o dano individual por isso, merecedor de maior proteção por parte da Lei.

Dessa forma para que haja a caracterização de um crime contra a ordem tributária, nos termos em que previsto na Lei nº 8.137/1990, há que

haver a incidência de duas situações fáticas: uma conduta com o propósito de suprimir tributo ou cou contribuição sociais e acessórios e o enquadramento em uma das previsões contidas nos incisos dos artigos 1º e 2º.

2 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE E INSTITUTOS CORRELATOS

A partir da identificação dos crimes contra a ordem tributária, torna-se importante enfrentar a questão que diz respeito a possibilidade ou não de extinção da punibilidade do agente que pratica o referido crime. Nesse sentido, a seguir será analisado as questões que dizem respeito a extinção de punibilidade no caso do pagamento integral do tributo devido, no caso de parcelamento do débito e no caso do arrependimento posterior.

2.1 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO

No que diz respeito a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, mostra-se relevante uma breve análise acerca das alterações legislativas aprovadas sobre o tema. A extinção da punibilidade decorrente do pagamento do tributo, foi introduzida no ordenamento jurídico a partir da Lei nº 4.357/64, a qual trata exclusivamente do crime de sonegação fiscal e delimita o marco temporal em que deveria ser efetuado o pagamento, qual seja, antes que o fisco instaure processo administrativo para a cobrança. (ANDRADE, 2015).

Por sua vez, o Decreto-lei nº 157/67, alterou a redação da legislação antes mencionada, vindo a estabelecer que a extinção da punibilidade somente aconteceria caso o tributo fosse pago logo após a decisão administrativa proferida pela autoridade fiscal em julgamento de primeira instância.

A Lei nº 8.137, de 1990, revogou tacitamente a Lei nº 4.357/64. Em seu artigo 14, estabeleceu que a punibilidade do agente seria extinta em relação aos delitos contra a ordem tributária previstos no artigo 1º a 3º da Lei, quando o agente efetuasse o pagamento da contribuição social ou do tributo antes do recebimento da denúncia. Portanto, estabeleceu uma condição objetiva para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, a do momento, que deveria ser anterior o recebimento da denúncia.

Em 2003, com a entrada em vigor da Lei nº 10.684, e com o previsto no seu artigo 9º, além de prever que o parcelamento suspende a pretensão punitiva do Estado, não fez referência sobre o marco temporal para sua

incidência, razão pela qual, desde então, compreende-se que o pagamento pode ser realizado a qualquer tempo, segundo Fischer (2006).

Aliás, é nesse sentido que decidiu a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Habeas Corpus nº 362478, o que permite concluir que a extinção da punibilidade é a medida que se impõe diante do pagamento do tributo, realizado a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, da análise do histórico das leis que tratam sobre o tema, constatou-se que a retirada do marco temporal para que seja extinta a punibilidade do agente decorrente do adimplemento dos valores decorreu de uma escolha do legislador, no exercício de sua função típica e conforme a política criminal. Dessa forma, não caberia ao Poder Judiciário estabelecer um limite temporal, em outros termos, “dizer o que a lei não diz”, é a conclusão do Tribunal Superior.

Diante deste entendimento, é possível afirmar que, mesmo o processo se encontrando em estágio de execução penal, já estando o sujeito cumprindo a pena estabelecida em sentença, independentemente do regime prisional, ocorrendo o pagamento integral do tributo será extinta a punibilidade, devendo o condenado ser imediatamente posto em liberdade. (MARCÃO, 2018).

É importante ser feito uma referência particular no que diz respeito os delitos de apropriação indébita previdenciária e o de sonegação de contribuição previdenciária, delitos tributários que se encontram descritos no Código Penal. Estes crimes possuem disposições específicas no que diz respeito a extinção da punibilidade. É o que consta do parágrafo 2º “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. Dispõe o artigo 166-A e o parágrafo 1º “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. O artigo 337-A, também do Código Penal. Trata dos casos de extinção da punibilidade no caso de o sujeito declarar, espontaneamente, confessar e efetuar o pagamento dos valores devidos, porém, há que ser antes do início da ação fiscal.

No caso de apropriação indébita tributária, no § 3º, do artigo 337-A do Código Penal Brasileiro, existe a possibilidade de que o juiz deixe de aplicar a pena ou mesmo aplique apenas a penalidade de

multa, desde que o agente seja primário e possua bons antecedentes. Ainda, é necessário que o agente tenha, no intervalo compreendido entre o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia, efetuado o pagamento da contribuição devida.

2.2 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PARCELAMENTO DO TRIBUTO

A Lei nº 9.964/2000, em seu artigo 15, possibilitava que ficasse suspensa a pretensão punitiva do Estado no tocante aos delitos previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e 95 da Lei nº 8.212/91, enquanto a pessoa jurídica que possuía relação com o sujeito que cometeu os referidos crimes estivesse incluída em programa de Refis, para tanto, fazia-se necessário que a sua inclusão se desse antes do recebimento da denúncia criminal.

A partir das disposições legais sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento no sentido de que ocorrendo o parcelamento do débito tributário após a sentença, mas antes do trânsito em julgado da condenação, a medida adequada ao caso é a suspensão do processo até o integral pagamento.

Assim, a partir do entendimento do STJ, trata-se, novamente, de uma interpretação mais benéfica ao sujeito que cometeu delito contra a ordem tributária, isto porque, possibilita que havendo o pagamento do débito de forma parcelada, mesmo após sentença condenatória, ocorre a extinção da punibilidade.

Este entendimento demonstra com clareza o caráter puramente arrecadatório da criminalização dos delitos contra a ordem tributária. Por fim, mostra-se importante ressaltar que para o Superior Tribunal de Justiça o simples pedido de parcelamento já é apto a interromper a prescrição.

2.3 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, ARREPENDIMENTO POSTERIOR E ATENUANTE DO ART. 65, III, "B", DO CÓDIGO PENAL

Este tópico procura responder à questão relacionada a extinção da punibilidade, analisando o arrependimento posterior do contribuinte e o atenuante contido no artigo 65, III do Código Penal. Neste aspecto, inicialmente destaca-se que a reparação do dano, está a depender do momento em que é efetuada a sonegação fiscal e do tipo de delito em questão, ela poderá produzir no processo penal diferentes consequências.

Por oportuno, é necessário serem estabelecidas as principais diferenças entre os institutos do arrependimento posterior, o da extinção da punibilidade e o da atenuante descrita no dispositivo da Lei penal referido.

O artigo 16 do Código Penal Brasileiro trata do instituto do arrependimento posterior, estabelecendo que a pena será reduzida de um a dois terços desde que o delito cumpra alguns requisitos, quais sejam: (a) ausência de violência ou grave ameaça à pessoa; (b) reparação do dano ou restituição da coisa; (c) ato voluntário do agente; (d) que a restituição ocorra até o recebimento da denúncia ou da queixa. Portanto, estes são os requisitos.

Dessa forma, em que pese a reparação do dano acontecendo ele antes da formação da relação processual, será apta a extinguir a punibilidade do agente, se tratando de um delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa e ocorrendo voluntariamente a reparação, em caso de condenação, a pena do agente deve ser reduzida. (BASTOS, 2001).

Em sentido amplo, conforme entende Gomes (2003), a reparação do dano pode ser entendida como a restituição da coisa ou mesmo eventual indenização acerca dos prejuízos. Tratando-se de um modelo clássico de justiça criminal, os interesses da vítima acabam por ficar em segundo plano, reduzindo-se, de modo geral, ao efeito civil dos crimes, qual seja, a reparação civil *ex delicto*, sem que isso afete de forma alguma a pretensão punitiva estatal.

No que diz respeito ao arrependimento, este não pressupõe sentimento de tristeza ou mesmo de pesar pelo cometimento do delito. Para Prado (2011), trata-se de vontade em restabelecer a ordem jurídica modificada em decorrência do cometimento do crime, não tendo relação com questões afetivas ou emocionais.

Ainda, acerca do instituto do arrependimento eficaz, Hungria (1979) afirma que o fundamento se encontra exclusivamente na conveniência política. Diante de dois males, a consumação do crime e a impunidade do agente, optou-se pelo último, esperando que o primeiro seja evitado quando houver o arrependimento.

Outrossim, é preciso, ainda, distinguir dois aspectos. Sendo restituída a coisa ou efetuada a reparação do dano após o recebimento da denúncia, não se trata mais de arrependimento posterior, mas sim, da circunstância atenuante, a qual está descrita no art. 65, III, alínea b, do Código Penal.

Acerca da atenuante em questão, importante mencionar a disposição legal, a qual refere que sempre atenua a pena o fato de ter o agente procurado, logo após o crime, por sua espontânea vontade e com eficiência, minorar ou evitar as consequências, ou ainda, reparar o dano antes do julgamento.

Para aplicação da atenuante mencionada, não há necessidade de sobrestamento da produção do resultado, segundo Prado (2011), basta que o sujeito tenha buscado, de forma espontânea e eficiente, logo depois de cometer o delito, evitar ou até mesmo diminuir as consequências.

Em relação a extinção da punibilidade, segundo Bitencourt (2015), o artigo 107, do Código Penal, elenca tais hipóteses, trazendo um rol exemplificativo, pois é possível encontrar outras causas em diversos dispositivos do Código Penal, cita como exemplo o perdão judicial contido no artigo 121, § 5º.

Assim sendo, após a análise dos institutos do arrependimento posterior e da reparação do dano, conforme estabelecido pelo Direito Penal, é possível ser enfrentado a questão relacionada a verificação da existência de seletividade no combate à criminalidade em termos de Direito Tributário.

3 A SELETIVIDADE NO COMBATE A CRIMINALIDADE: RAZÃO DE SER DOS BENEFÍCIOS PARA OS CRIMES TRIBUTÁRIOS

A extinção da punibilidade pelo pagamento em crimes contra a ordem tributária gera inúmeros questionamentos, sendo objeto de divergência entre os doutrinadores da temática. Alguns consideram que tal circunstância favoreceria as pessoas que possuem melhores condições financeiras, já que se livrariam da cominação de uma sanção penal com o simples pagamento do tributo. Dessa forma, o direito penal estaria desprovido de utilitarismo. (MACHADO, 2010).

Por outro lado, há quem defenda que criminalizar condutas que atentem contra a ordem tributária tem como objetivo apenas obrigar o contribuinte a efetuar o pagamento do tributo. Nesse caso, conforme Machado (2010), o ilícito tributário estaria desprovido de conteúdo ético, já que a cominação de sanção penal teria como objetivo o pagamento do tributo.

Da interpretação da legislação relacionada aos crimes tributários, para Schmidt (2003), é possível concluir que o interesse do Estado se encontra muito mais em recuperar o tributo que foi sonegado, do que adotar medidas que venham prevenir futuras sonegações.

Para Nucci (2008), tratando-se de crimes contra a ordem tributária, o que há, na essência, é o objetivo de receber o valor do tributo, e não a punição do sujeito, mantendo-se, assim, a arrecadação em um padrão satisfatório.

Nesse sentido, ao se comparar o tratamento despendido para crimes contra a ordem tributária em relação ao dado aos crimes contra o patrimônio, por exemplo, a conclusão inevitável é a de que no Brasil “a lei penal é uma para os economicamente favorecidos e outra para os estratos mais pobres da população”. (AZEVEDO; COSTA, 2012, p. 30).

Supondo que um sujeito tenha praticado um crime de furto, por exemplo, e venha a se arrepender, segundo os requisitos previstos no artigo 16 do Código Penal, ele receberá uma redução da pena. No entanto, em situação semelhante, se o crime cometido for algum tributário e um dos descritos na Lei nº 8.137/90, a consequência será diversa e ainda mais benéfica, qual seja, a extinção da punibilidade, conforme afirma Marques (2011).

Constata-se a existência de um paradoxo no tocante ao motivo pelo qual crimes contra o patrimônio e crimes contra a ordem tributária recebem um tratamento distinto diante de situações semelhantes. Enquanto um busca proteger o patrimônio público (crimes contra a ordem tributária), o outro, privado, em delitos como furto, apropriação indébita e descaminho. A diferença é que os crimes contra a ordem tributária, causam prejuízos que ultrapassam a esfera do particular, pois, atingem toda a sociedade.

No furto, há subtração de coisa alheia móvel que pertence a um indivíduo particular, enquanto na sonegação fiscal há subtração de coisa alheia móvel, notadamente, dinheiro, este pertencente ao Fisco (sociedade). Nestes casos, o elemento volitivo em ambas as condutas diz respeito a subtração, seja ela de uma pessoa individualmente considerada ou de várias (sociedade). A toda evidência o interesse público relacionado a sonegação fiscal é muito maior do que em um simples delito de furto, praticado contra um particular, nesse sentido:

Na sonegação fiscal o interesse público em jogo é muito maior do que em um simples furto. Enquanto neste está envolvido o patrimônio particular, naquele outro caso tem-se um dano ao Erário que, em última análise, é patrimônio de todos. Não faz o menor sentido contemplar o ladrão que investe contra o patrimônio de uma única pessoa com uma mera causa especial de redução de pena, ao passo em que ao sonegador que investe contra o patrimônio público se assegura a extinção da punibilidade. (BASTOS, 2002, p. 539-540).

Questiona-se acerca da existência de justificativa plausível entre o tratamento diferenciado ou até mesmo mais benevolente dado para situações que são idênticas. Para tanto, Bastos (2002) sugere um simples questionamento, seria razoável que um sujeito que cometeu um furto de galinhas seja contemplado com uma redução de pena decorrente do arrependimento posterior, ao passo que um sujeito desvie milhões de reais dos cofres públicos através de sonegação fiscal seja premiado com o benefício da extinção da punibilidade, se efetuar o pagamento do tributo? Realmente o tratamento é distinto.

No plano da prática jurídica (doutrina e jurisprudência dominantes), não há (ainda) uma resposta para a questão acima. Consequentemente, continua-se a tratar com benevolência os delitos que causam prejuízos à coletividade como a (sonegação de impostos, os delitos contra o meio ambiente, etc.) e com extremo rigor os delitos cometidos pelas camadas pobres da sociedade, como o furto, o estelionato, etc., conforme refere Streck (2015).

Nota-se que a relação de sobreintegração/subintegração torna-se bem delineada e distinta: caso o sujeito tenha sonegado contribuições previdenciárias, por exemplo, se arrependa, e antes de iniciada a ação fiscal, promova o pagamento, a consequência é a da extinção da punibilidade. Por outro lado, na situação menos grave o sujeito é punido, por sua vez, no mais grave, sua a punibilidade é extinta. (MARQUES, 2011).

Desse forma, em que pese evidente desproporcionalidade no tocante a escolha de critérios para aplicação de medidas extintivas e até mesmo ofensa aos mínimos parâmetros de equidade, no momento em que Cortes cogitaram acerca da possibilidade de aplicação analógica dessa hipótese de extinção de punibilidade para os casos de autores de delitos patrimoniais não violentos, tais como o furto, em caso de indenização ou mesmo restituição à vítima, tal possibilidade soou, de certa forma, escandalosa nos meios jurídicos. (CARVALHO, 2010).

É evidente a distinção quanto a influência do poder econômico no âmbito do direito penal. Streck (2015) refere que a reparação do dano, feita antes ou depois do recebimento da denúncia, “para o andar de cima”, vale. No entanto, tratando-se de delito de furto, a devolução não gerará lucros, no máximo, a aplicação do artigo 16 do Código Penal.

Para alguns doutrinadores, como ROCHA e SANTIAGO (2012), normas legais que extinguem ou suspendam a punibilidade em delitos contra a

ordem tributária se mostrariam materialmente condenáveis, na medida em que acarretam a redução dos riscos ao sonegador, tranquilizando-o, pois passam a possuir mais uma ferramenta caso sejam identificadas suas práticas ilícitas.

Entende-se que não haveria fundamento jurídico apto a justificar a diferença de tratamento entre o sonegador e o furtador, diferença está que é dada pelo próprio legislador. Na visão de Bastos (2012), a única explicação é a de que sempre será considerado inimigo o ladrão de galinhas, enquanto o sonegador pode sentar-se em nossa mesa. Trata-se de uma odiosa discriminação econômica, a qual pune aqueles menos favorecidos e dá impunidade aos abastados.

O tratamento penal no Brasil conserva raízes históricas, todas elas relacionadas as diferenças sociais e ao poder. Neste aspecto a concepção histórica, conforme refere Siqueira (2010, p. 225) ao relatar as pessoas sem poder econômico e social como sendo “os indesejados, assim entendidos aqueles que seria preferível não ter exemplares em determinados espaço e tempo, porque atuam como empecilho, seja porque se opõem radicalmente ao sistema, seja porque não têm meios materiais de acompanhar o desenvolvimento do sistema”.

Na visão do autor (p. 225), por isso seria mais fácil punir aqueles denominados excluídos, que seriam “aqueles sujeitos que, pela sua própria situação desvantajosa no seio de uma sociedade, não recebem os benefícios do crescimento e o progresso econômico desta”. E continua afirmando que os excluídos são aqueles “marginalizados, no sentido de postos à margem de alguma coisa, no caso, da sociedade por algum motivo, como, por exemplo, sua pertença a uma classe econômica inferior, a uma etnia diferente, a uma religião minoritária, entre outros exemplos”, em virtude disso mais fácil aplicar sanções.

Para Grego (2005), por outro lado, o processo de seleção começa a ocorrer logo na edição da lei, oportunidade em que os valores de grupos sociais dominantes prevalecem sobre os da classe dominada, está presente a relação social e de poder nitidamente identificada.

Dessa forma, a eleição do que seja crime e sua punibilidade, decorre de um ato de poder, segundo Pimenta (2016) sobretudo, a definição do que é considerado crime e acerca de qual penalidade será imputada. Nesse sentido, mesmo que abstratamente considerados, a incidência dos crimes é distinta de acordo com cada segmento social, sendo, portanto, esta a primeira fronteira da seletividade penal.

Logo, se está diante de uma relação de poder, de uma posição neste poder, uma posição superior, capaz de determinar o que é ou não um delito reprovável.

A partir desta concepção, não se pode afirmar que homicídio ou furto, por exemplo, são considerados delitos por sua própria natureza. Eles são delitos em razão do fato de que, em determinado momento histórico do país, quem tinha o poder considerava necessário punir esta conduta. Tal fato pode ser comprovado ao se observar que há diversos valores que são desaprovados pela sociedade por ultrapassarem o limite tolerável, porém, nunca se tornaram crimes, mantendo-se apenas como conduta desviada e legalmente reprimida.

Outrossim, quando já vigente a Lei, ocorre ainda, uma nova seleção, questionando acerca de quem é o sujeito que deve ser punido. A princípio, esse questionamento deveria ser respondido de uma maneira simples: para todos os que descumprirem a Lei. Porém, não é exatamente isso que acontece. “O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado”. (GREGO, 2005, p. 158).

Nesta mesma linha de entendimento, Foucault (2005, p. 39), refere que o sistema penal pode ser visto como uma espécie de engrenagem do sistema político, a qual “naturaliza o poder de punir e legaliza as técnicas de disciplina. Ele (o sistema penal) não importa por si só, mas pela sua composição como peça essencial nos mecanismos do poder, da construção da sociedade disciplinar”.

Dessa forma, evidencia-se que o sistema penal atua de forma desigual, a criminalização primária, conforme Pimenta (2016, p. 49) “oferecer tratamento mais rigoroso para as práticas que, em abstrato, seriam mais prováveis entre a população mais pobre em geral e entre os negros em específico. Assim, “quando a legislação prevê maior rigor penal às condutas que, na prática, são atribuídas a determinados grupos sociais, desde logo se estabelece um importante fator de orientação do sistema punitivo”. São contra estas camadas sociais que atua o sistema penal.

Andrade (2003, p. 267) reconhece que o sistema penal foi concebido para determinada camada social, afirmando que “há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais”. Ressalta que “o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime”.

Trata-se de uma concepção de reconhecimento da intervenção seletiva do direito penal brasileiro como sendo forma de controle sobre o “refugio social” que é decorrente do atual modelo de consumo capitalista, sendo a desigualdade social seu gérmen. (AZEVEDO e COSTA, 2012).

No Brasil, as taxas de impunidade são altas quando dizem respeito a delitos com graves violações de direitos humanos, é o caso de homicídios cometidos pela polícia, por grupos de extermínio e de patrulha privada, bem como casos envolvendo trabalhadores rurais e sindicais. Da mesma forma, são elevadas as taxas de impunidade quando se referem aos delitos cometidos pelas classes médias e alta, normalmente crimes de colarinho branco, indicadores da existência da seletividade no tratamento penal.

Os tipos mais comuns de criminosos na visão do público, conforme acentua Bauman (1999), vêm quase sem exceção da “base” da sociedade. Os guetos urbanos e as zonas proibidas são considerados áreas produtoras de crime e criminosos. E, ao contrário, as fontes de criminalidades (daquela criminalidade que realmente conta, vista como ameaça à segurança pessoal) parecem ser inequivocamente locais ou localizadas. É o que se verifica também no Brasil.

Na realidade, o que ocorre é que os delitos cometidos por pessoas pobres possuem “maior visibilidade social, maior reação moral e maior interesse público do que os crimes dos ricos”. (MISSE, 2011. p. 35). O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de “seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social, etc”. (BARATTA, 2002, p. 167).

Em relação aos crimes de natureza tributária, conforme Derizi (2010), a incriminação não ocorre em razão do simples não pagamento do tributo decorrente da desonestidade, mas sim, pelo embuste, ludíbrio da Fazenda Pública, a qual dificulta e até mesmo impossibilita o conhecimento do débito do criminoso contribuinte. Na realidade, os crimes tributários são mecanismos de pressão, utilizados pela Fazenda Pública, para arrecadar dos contribuintes, tal situação se amoldando as conveniências políticas econômicas. (PITOMBO, 2005).

Pior é perceber que a grande parte da população considera ser aceitável e porque não dizer correta a conduta de não efetuar o pagamento de tributos, tal situação se justificaria em virtude de ser a única reação ao alcance da população em face de um Estado que, cada vez mais, eleva a carga tributária. (DIAS, 2005).

Dessa forma, a visão implantada na sociedade é no sentido de que o sujeito que comete um crime fiscal não possuiria o sentimento de culpa em virtude de sua conduta, tão pouco a sociedade demonstraria recriminação

para com o delito, considerando ser ele tão somente vítima de um sistema injusto de tributação que vige no país, segundo o autor.

A visão seletiva da criminalização é evidente:

O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a punição pela posição de classe do autor, a variável independente que determina a imunidade das elites de poder econômico e político e a repressão das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas variáveis intervenientes da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização. (SANTOS, 2008, p. 126)

Vê-se que na historiografia dos sistemas punitivos, a seletividade penal racial é uma constante, para Carvalho (2010), no Brasil, a população negra e jovem, aquela de origem na periferia de centros urbanos, tem sido eleita como vítima preferencial de assassinatos, muitos deles, são encobertos pelo encarceramento em grande escala. O sistema capitalista onde o controle social acontece como decorrência da relação de poder, o sistema penal detém o propósito de defender determinadas camadas sociais em detrimento a outras. O modelo dominante, privilegia determinadas proteções como forma aparente concebida para dar legalidade a um domínio da verdade.

Conforme Marques (2011), os direitos humanos propagam que devem ser reconhecidos e assegurados os direitos de todas as pessoas, e não somente de quem possui força para promover um lobby no Congresso Nacional. Eles vão além, o legislador deve possuir a sensibilidade para instituir penas mais severas justamente para aqueles delitos que atentem contra os bens jurídicos mais caros a população, (sociedade) buscando justamente evitar a criação de paradoxos no ordenamento jurídico do país, como os relacionados aos crimes tributários.

A concepção da forma punitiva e de política criminal voltada para as populações conforme relatado, por si só, não implica em reconhecer que não existam outras causas e formas de criminalidade no Brasil. Quer dizer que, é evidente uma realidade que no sistema carcerário brasileiro é perfeitamente perceptível e identificado de quem são os presos.

A desigualdade no processo de criminalização é manifesta, é a partir de uma definição social de crimes bem como da cominação de penas que

se mostra presente no sistema brasileiros a seletiva baseada em classes e grupos sociais.

A lei deve ser um instrumento que regula a vida social e estar a serviço dela, de forma equitativa entre todas as pessoas, não devendo se constituir, segundo Mello (2017) de fonte de perseguições e privilégios. É o conteúdo do princípio da isonomia de conteúdo político-ideológico trazido pela Constituição brasileira.

Entretanto, apesar de todas as constatações que foram evidenciadas, da existência de uma doutrina brasileira e internacional importante que compreende e faz uma leitura do sistema criminal que pune e elege delitos conforme uma concepção da estrutura social da sociedade e que beneficia as camadas sociais privilegiadas em relação ao poder e ao capital, a mudança de concepção parece não ter avançado, notadamente em relação aos crimes de natureza tributária, estes sempre receberam e recebem um tratamento diferenciado do legislado, que é referendado pela jurisprudência, implicando em uma forma seletiva de punibilidade e de criminalização nacionalizada.

4CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto parte de um propósito definido, identificar a existência de seletividade no combate à criminalidade de natureza tributária em relação a outros tipos de delitos no Brasil. Pretende identificar a razão de ser dos benefícios legais concedidos aos delitos praticados contra a ordem tributária.

Para tanto, inicialmente foi identificado que a Lei nº 8.137/1990, revogou as disposições legais anteriores e passou por adequações no decorrer dos tempos, constituindo-se no diploma legal que trata dos crimes de natureza tributária. O Código Penal, também trata de crimes relacionados a espécie, contudo, não especificamente em relação aos tipos penais de sonegação fiscal, estes, são tratados especificamente pela Lei referida, que é a referência legislativa para os crimes tributários no país.

A extinção da punibilidade aplicável aos crimes de natureza tributária, recebera atenção especial. Por estarem diretamente relacionados, os institutos do pagamento integral do débito tributário, o parcelamento e o arrependimento posterior foram analisados e confrontados com o tratamento criminal aplicados a crimes de natureza privada.

Ainda, efetuou-se uma verificação acerca das consequências da restituição do dano no sistema penal, a partir da qual foi possível obter a constatação de

que a extinção da punibilidade é um benefício encontrado somente no tocante os delitos ora estudados, uma vez que em crimes patrimoniais e privados, a consequência seria tão somente a redução da pena através do instituto do arrependimento posterior ou mesmo a aplicação da circunstância atenuante descrita no artigo 65, III, b, do Código Penal.

Por fim, buscou-se demonstrar a existência da seletividade do direito penal, especialmente quanto aos crimes contra a ordem tributária. Verificou-se que a criminalização desse tipo de delito possui caráter arrecadatório, ou seja, o Estado criminaliza a conduta muito mais objetivando ser ressarcido do valor do tributo do que propriamente a reprovabilidade da conduta.

Ainda, tendo o direito penal um caráter preventivo, no qual se objetiva que crimes não venham a ocorrer, o incentivo dado aos crimes contra a ordem tributária acaba por, na realidade, estimular a sua ocorrência.

Assim, a toda evidência a extinção da punibilidade através do pagamento, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, deve ser considerado como um benefício nos delitos contra a ordem tributária, uma vez que não é admissível tal benesse em outros tipos de crimes puramente patrimoniais, tal como o furto.

A razão de ser desse benefício não se sustenta, na medida em que torna o direito penal seletivo, deixando de punir pessoas pelo simples fato de que possuem condições financeiras melhores. Trata-se, assim, de uma política criminal que acaba por encarcerar a população pobre, de baixa escolaridade e que já é marginalizada da sociedade em detrimento dos segmentos privilegiados.

Por fim, se o direito penal tem como pressuposto ser um mecanismo de controle social, como todo e qualquer meio de controle, deveria tratar de forma isonômica as lesões causadas a sociedade como um todo, independentemente da classe social mais atingida. Neste sentido, uma concepção contemporânea e humanizada de crime, como é o caso de sonegar tributos, significa que, de forma indireta, retira-se a vida de pessoas excluídas que poderiam, com os recursos dos tributos, serem incluídas na sociedade através de políticas públicas viabilizadas pelo produto de impostos sonegados pela classe detentora do poder.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social*. 7. ed. 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499748>>.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Juarez Morais de; COSTA, Domingos Barroso da. Sobre a constitucionalização do trato conferido aos delitos contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça. *Revista Bonijuris*, Curitiba: Bonijuris, ago. 2012, v. 24, n. 8, p. 33.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Coleção Pensamento Criminológico*. Instituto Carioca de Criminologia, 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt, 1925. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BASTOS, Marcelo Lessa. “Arrependimento posterior” e extinção da punibilidade. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, v. 2-3, n. 2-3, 2001-2002, p. 539-540.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>.

_____. *Decreto-Lei No 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>.

_____. *Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>.

_____. *Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003*. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva;

NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: Leis Penais Especiais II*, v. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Crime de Apropriação Indébita Previdenciária*. Curitiba: Juruá, 2005.

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Efeitos penais e processuais penais do pagamento, do parcelamento e do REFIS nos crimes tributários e previdenciários*.

Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008122527725p>.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. V. I. T. II. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARCÃO, Renato. *Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 8.137, de 27-12-1990*. [Minha Biblioteca].

MARQUES, Fabiano Lepre. *O direito à extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior nos crimes contra o patrimônio à luz do direito enquanto integridade de Ronald Dworkin*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 9, p. 211-228, jan./jun. 2011. Disponível em: <<file:///C:/Users/cribo/Downloads/123-581-1-PB.pdf>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo - Estudos de Sociologia do Crime da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e Processuais Penais comentadas*. Ed. RT. 2008.

- PIMENTA, Victor Martins. *Fundamentos para a política penal alternativa*. ARACÊ – Direitos Humanos em Revista | Ano 4 | Número 5 | Fevereiro 2017.
- PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des) ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. O que não nos ensinaram sobre crime tributário. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 147, p. 4-5, fev. 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, Orlando Mauriz. *O princípio da igualdade e a extinção de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária: O Arrependimento Posterior como Escusa Absolutória*. Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2018.
- ROCHA, Maria Fádua Lima; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Crimes tributários, parcelamentos e extinções de punibilidade: ataque à Constituição Federal?. *Scientia Iuris*, Londrina: Universidade Estadual de Londrina, dezembro de 2012, v. 16, n. 2.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- SILVA, M. L. de O. *Entre proteção e punição: o controle sociopenal dos adolescentes*. São Paulo: UNIFESP, 2011.
- SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, v. 12, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. Senso incomum: vestiu-se de cliente, furtou chocolate e pegou a pena de quadrilha ou bando. *Revista Consultor Jurídico*, 3 jul. 2014. Disponível em: Acesso em 16 out. 2015.

RECEBIDO EM: 11/12/2018

APROVADO EM: 13/03/2019

COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DO ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL

*ENVIRONMENTAL LICENSING AUTHORITY: CRITERIA
FOR THE DEFINITION OF THE RESPONSIBLE
FEDERATIVE ENTITY*

Dermeval Rocha da Silva Filho

*Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialização em
Direito Ambiental pela Universidade Candido Mendes. Especialização em Direito
Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em Direito
Administrativo pela Universidade Candido Mendes. Advogado Da União – AGU.*

SUMÁRIO: Introdução; 2 Desenvolvimento; 3
Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo pretende promover breve reflexão sobre a divisão de competência entre os entes federativos para outorga do licenciamento ambiental, com um enfoque especial no(s) critério(s) utilizado(s) para saber quem detém a referida competência, se a localização dos bens afetados ou ameaçados, a dominialidade desses bens, ou o alcance do impacto ambiental. Pesquisou-se sobretudo a legislação, mas também a jurisprudência e algumas obras de doutrinadores pátrios, colhendo assim contribuições de renomados juristas como MILARÉ (2009), e SIRVINSKAS (2007), o que permitiu a este trabalho concluir haver múltiplos critérios de definição do órgão competente para o licenciamento, a saber: dominialidade, localização e amplitude do impacto ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Competência dos Entes Federativos Para Licenciamento Ambiental. Critérios Para Definição do Ente Responsável. Dominialidade. Localização. Amplitude do Impacto Ambiental.

ABSTRACT: The present study intends to promote a brief reflection on the division of competence between federative entities to grant environmental licensing, focusing on the criterion (s) used to know who holds said competence, if the location of the affected goods or threatened, the dominance of those goods, or the extent of the environmental impact. The legislation, but also the jurisprudence and some works of patriotic doctrine, were collected mainly from jurists such as MILARÉ (2009) and SIRVINSKAS (2007), which allowed to conclude that there are multiple criteria for the definition of the licensing body (dominance, location and amplitude of environmental impact).

KEYWORDS: Competence of Federal Entities for Environmental Licensing. Criteria for Defining the Responsible Entity. Dominance. Location. Extent of Environmental Impact.

INTRODUÇÃO

Segundo a Lei Complementar nº 140/2011, art. 13¹, as atividades e os empreendimentos serão licenciados, do ponto de vista ambiental, por um único ente federativo, podendo essa exclusividade recair, a depender das situações previstas no aludido diploma legal, sobre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O enunciado é claro: deve recair sobre um único ente federativo, podendo ser qualquer um dos citados, observadas as atribuições estipuladas (FIORILLO, 2019, p. 230).

Essa moldura não parece, contudo, estar bem resolvida para alguns membros do Ministério Público, os quais, por duvidarem da credibilidade dos órgãos ambientais nos Estados, sobretudo nos Municípios, ou por não terem suas pretensões/recomendações ali acolhidas administrativamente, muitas vezes têm problematizado licenças concedidas localmente, insistindo na exclusividade do IBAMA junto ao Poder Judiciário.

Ou seja, a seu juízo político e ao arrepio da legislação, representantes do *Parquet* elegem a aludida Autarquia Federal vinculada à União como o único órgão responsável pelo licenciamento, isso quando não arrolam a própria União no polo passivo da relação processual, ignorando as mais básicas lições dogmáticas acerca do funcionamento da Administração Pública.

O presente artigo tem como objetivo estudar, ainda que superficialmente, como se dá a repartição de competência entre os entes federativos com respeito ao licenciamento ambiental.

Nessa perspectiva, destacaremos o conceito de licenciamento, algumas hipóteses de sua exigência, abordando os critérios utilizados para definição da competência do ente federativo responsável por sua emissão, máxime com a edição da Lei Complementar nº 140/2011, que regulamentou o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal.

1 Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

§ 2º A supressão de vegetação decorrente de licenciamentos ambientais é autorizada pelo ente federativo licenciador.

§ 3º Os valores alusivos às taxas de licenciamento ambiental e outros serviços afins devem guardar relação de proporcionalidade com o custo e a complexidade do serviço prestado pelo ente federativo.

É sabido que, segundo o art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição Federal², é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios tutelar o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora.

Essa responsabilidade está prevista no art. 225 da CF³, que impôs à coletividade, sobretudo ao Poder Público, a missão de proteger o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No que se refere ao licenciamento, a competência comum foi inicialmente definida pela Lei nº 6.938/81, com a redação alterada pela Lei nº 7.804/1989, que impunha via de regra aos Estados o exame e outorga da licença, ficando reservado ao IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS RENOVÁVEIS, a competência suplementar, o qual atuaria naquelas hipóteses de empreendimentos que apresentassem significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Mais tarde, com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou reservado aos municípios, especificamente a partir do art. 23, o licenciamento em se tratando de gravames locais.

Nesse meio tempo veio a Resolução nº 237/2007 do Conama, que a doutrina vinha taxando de formalmente inconstitucional, a qual trouxe uma lista de hipóteses para licenciamento a recair sobre os entes federativos, inclusive inovando com relação aos municípios. Vamos tratar dela mais adiante, eis que pretendemos por ora abordar apenas Leis em sentido formal.

A Lei Complementar nº 140/2011, que regulamentou o parágrafo único do art. 23 da CF, revogou alguns artigos da Lei nº 9.938/81, consolidando um modelo interessante de divisão de competência entre os entes federativos, inclusive a questão dos municípios e do Distrito Federal, em ordem a prestigiar o licenciamento ambiental como um dos

2 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

3 Art. 225. 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.

mais importantes instrumentos da política nacional do meio ambiente, sendo referido instrumento o foco do presente estudo.

Tentaremos alcançar os objetivos aqui expostos consultando a legislação federal sobre meio ambiente, a jurisprudência dos nossos tribunais e pesquisando obras e artigos jurídicos de doutrinadores pátrios, a exemplo de MILARÉ (2009) e SIRVINSKAS (2007), os quais constituem o marco teórico deste trabalho.

Em outras palavras, lançar-se-á mão do método hipotético-dedutivo, objetivando colmatar as lacunas do problema em investigação, ciente que o conhecimento existente acerca do assunto parece até aqui insatisfatório.

Nessa perspectiva, a classificação da pesquisa pode ser considerada bibliográfica, que será a maneira a ser utilizada para obtenção dos dados necessários ao estudo proposto. Ou seja, o procedimento técnico a ser manejado neste trabalho será norteado pela análise e leitura de textos especializados, a começar por uma coletânea das principais obras e artigos científicos escritos, além de pesquisas a serem realizadas via coleta de jurisprudência, recursos que certamente atenderão às demandas da presente empreitada.

2 DESENVOLVIMENTO

Licenciamento Ambiental é assim conceituado pela Resolução CONAMA nº 237/2007, art. 1º, inciso I:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Importante trazer a visão do mestre (MILARÉ, 2009, p. 420), que leciona:

Em linhas gerais, tem-se que o licenciamento ambiental, como todo procedimento administrativo, pode ser enxergado como uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.

O licenciamento ambiental constitui o instrumento mais importante para a efetivação do princípio da prevenção de danos ambientais (BESSA, 2008, p.117).

A finalidade do licenciamento consiste em equilibrar de um lado o desenvolvimento socioeconômico e do outro a preservação ambiental, viabilizando assim o desenvolvimento sustentável, que é uma das aspirações da política nacional do meio ambiente.

Eis alguns exemplos de atividades que precisam de licenciamento ambiental: instalação de usinas nucleares, atividades agropecuárias, rodovias, ferrovias, portos, energia, mineração, exploração de petróleo, lembrando que essa é uma lista apenas ilustrativa, já que não há um número fechado de quais efetivamente as atividades/empreendimentos estão sujeitos à referida licença. Nesse sentido comenta (FINK, 2004, p. 12):

Prever um rol exaustivo de obras ou atividades que devam se sujeitar ao licenciamento ambiental é tarefa impossível e inútil. É preciso que o legislador estabeleça genericamente qual situação pretende protegida pela norma. E, nesse caso, o legislador constitucional o fez: obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente.

A questão da competência para licenciamento ambiental é bastante complexa, e tem gerado algumas polêmicas entre os próprios órgãos licenciadores, tanto mais porque a Lei Complementar nº 140/2011, que regulamentou o parágrafo único do art. 23 da CF, não logrou dirimir a questão.

De qualquer sorte, mesmo nesse contexto de positivação não muito clara para algumas situações, a Lei Complementar referida veio trazer importantes contribuições.

A Lei nº 6.938/1981, que foi bastante modificada pela Lei Complementar nº 140/2011 com relação à competência para licenciamento ambiental, dispunha sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, sendo oportuno destacar como aquele diploma legal disciplinava a competência dos Estados e da União (IBAMA):

Lei nº 6.938/1981

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais,

considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Do dispositivo, extrai-se que o licenciamento só poderia ter início no IBAMA se, ao menos potencialmente, o empreendimento ou atividade desenvolvida fosse capaz de causar degradação ambiental de tal monta que a consumação dos danos ambientais pudesse vir a extrapolar o âmbito estadual e municipal, à época devendo ser de âmbito nacional ou regional.

Ou seja, não importava a dominialidade nem tampouco a localização do bem afetado.

Era também o entendimento da jurisprudência, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE BARRACAS DE PRAIA. ORLA MARÍTIMA. SALVADOR. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. 1. A competência para a condução do licenciamento ambiental deve ser definida de acordo com o potencial dano do empreendimento e não segundo a propriedade da área em que serão realizadas as construções. 2. As obras de construção ou reforma de barracas na orla marítima de Salvador/BA, ainda que estejam localizadas em terreno de marinha, de propriedade da União, não atraem a competência exclusiva do IBAMA para conduzir o correspondente estudo de impacto ambiental, por não estar configurado impacto ambiental nacional ou regional. 3. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (Acórdão N° 2007.01.00.000782-5 de Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 18 Junho 2007).

Aqui nesse precedente restou claro aos desembargadores federais do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que as construções conhecidas como barracas de praias – ainda que edificadas em terreno de marinha de domínio da União - não atraem a competência exclusiva

do IBAMA para licenciamento ambiental, uma vez que na hipótese em apreciação não se verificou impacto ambiental nacional ou regional.

No mesmo sentido eis excerto do Parecer nº 312/CONJUR/MMA/2004, lavrado pelo Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente:

O licenciamento ambiental tem por fundamento compatibilizar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico sustentável, tendo sua análise focada nos impactos ambientais da atividade ou empreendimento, não na titularidade dos bens afetados.

Nele o parecerista assim averbou:

Portanto, não basta que a atividade licenciada atinja ou se localize em bem da União para que fique caracterizado a competência do IBAMA para efetuar o licenciamento ambiental. O licenciamento ambiental dá-se em razão da abrangência do impacto ao meio ambiente e não em virtude da titularidade do bem atingido.

Poucas novidades quando comparamos a novel Lei Complementar 140/2011 com a Resolução nº 237/1997 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, a qual inovou inconstitucionalmente a Lei nº 6.938/1981 ao criar novos critérios de competência baseados na dominialidade e na localização dos bens. Eis dispositivos da Resolução em foco:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

§ 1º - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

De qualquer sorte, desde 2011 foi editada a referida Lei Complementar que sepultou parcialmente, por perda de objeto, controvérsia sobre a juridicidade de algumas mudanças levadas a efeito pela aludida resolução.

É que, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 140/2011, o art. 10 e seu §1º da Lei nº 6.938/1981, foram em parte modificados tendo sido revogados ainda os parágrafos 2º, 3º e 4º.

Vejamos como ficou a nova redação:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

§2º (revogado).

§3º (revogado).

4º (revogado).

Enfim, importante conferir os arts. 7º, inciso XIV, alíneas “a” a “h”, art. 8º, incisos XIII, XIV e XV, art. 9º, incisos XIII e XIV, alíneas “a” “b” e art. 10, todos do novo diploma legal referido:

LC 140/2011:

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida aos Estados;

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de

conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIII - exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município;

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Art. 10. São ações administrativas do Distrito Federal as previstas nos arts. 8º e 9º.

Vê-se assim que a competência para licenciamento se escora ora na amplitude do impacto, em que pese essa cláusula não seja expressa como na legislação revogada, ora na titularidade dos bens afetados, ora em sua localização, que é o exemplo de empreendimentos em terras indígenas que pertencem à União, independentemente onde situadas, ficando reservada aos municípios a competência naquelas hipóteses de impacto ambiental meramente local.

Sobre essa questão da área indígena, o STF assim pontificou:

Estudos prévios demonstram que a usina não será instalada em área *indígena*, ficando dispensada a autorização do IBAMA para o *licenciamento*. 3. Agravo interposto pelo Estado provido. Negado provimento ao recurso da Procuradoria-Geral da República. (SL 800 AgR. Supremo Tribunal Federal, 05/03/2020).

No julgado em apreço, vê-se o alcance normativo que dele decorre, que é o comando no sentido de que se a usina viesse a ser instalada em terra indígena, tal atrairia a competência do órgão licenciador federal, o Ibama.

No que se refere aos municípios, afóra os casos textualmente da alçada da União previstos na aludida Lei Complementar, o licenciamento é da competência de seus órgãos naqueles casos de atividades e empreendimentos que sejam potencialmente causadores de danos de âmbito meramente local, como já previa o art. 7º da Resolução nº 237 do CONAMA:

Art. 7º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Assim, a localização da atividade em área de domínio da União, Estado, Distrito Federal e Município via de regra determina qual o órgão responsável pela outorga da licença, atraindo para o Estado, em se tratando de dúvida, a competência licenciadora.

É o que observa o professor Trennepohl (TRENNEPOHL, 2018, p. 150), ao afirmar que:

[...] para os estados a norma delegou a competência residual, isto é, o licenciamento de todas as atividades não previstas nos arts. 7º e 9º, bem como das atividades ou empreendimentos localizados em unidades de conservação instituídas pelo Estado.

Enfim, a incerteza sobre a competência com relação a empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental, milita em favor do estado.

De anotar a observação de Maurício Carneiro Paim sobre as novidades da LC 140, art. 7º, no sentido de que:

A inovação mais significativa está prevista na alínea “h”. Consiste na possibilidade de o Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, estabelecer outras hipóteses de licenciamento ambiental no âmbito federal, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

Essa situação – competência para licenciamento com base no porte e potencial poluidor da obra – só vem reafirmar a amplitude do impacto ambiental como critério para permitir ao IBAMA a competência para o

licenciamento de outras hipóteses não previstas na Lei Complementar, ainda que em empreendimentos localizados em município ou estado, como aliás já acontecia a partir da legislação revogada.

Dois registros importantes que constituem exceções à regra geral e que podem ser encontradas no art. 15 da LC 140/2011:

O primeiro é no sentido de que o IBAMA deve entrar em campo quando houver a inércia tanto de Estado quanto de Município, atuando a referida Autarquia federal no manejo da competência suplementar ou da atuação supletiva como preferiu dizer a LC 140/2011, art. 2º, inciso II.

O segundo registro vem do professor Sirvinskas, para quem na “(...) falta de estrutura do município e capacitação dos seus funcionários para a concessão de licenças ambientais (...), a competência passa para o governo estadual.” (SERVINSKAS, 2008).

É o que prevê o referido art. 15, incisos I, II e III da LC 140:

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

Sempre lembrando as palavras do professor Antônio Henrique Lindeber Baltazar, no sentido de que:

A competência comum, cumulativa ou paralela é modelo típico de repartição de competências do moderno federalismo cooperativo, nela distribuem-se competências administrativas a todos os entes

federativos para que a exerçam sem preponderância de um ente sobre o outro, ou seja, sem hierarquia.

Não há dúvida, portanto, acerca dessa necessária cooperação dos entes federativos no sentido de levar a sério, cada qual no seu nível de competência, o licenciamento ambiental para atividades e empreendimentos potencialmente prejudiciais ao meio ambiente.

2 CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto até o presente momento, sem pretensão obviamente de esgotar o tema, o presente trabalho tem a apresentar ao leitor – à conta de notas conclusivas – as seguintes considerações:

Na verdade, a divisão de competência entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o licenciamento ambiental baseia-se na dominialidade dos bens afetados ou ameaçados, na sua localização, mas também na amplitude do impacto diretamente incidente sobre o meio ambiente.

Há, portanto, critérios razoavelmente seguros para definição do único ente federativo responsável, podendo recair tal mister a qualquer um deles, a depender da situação examinada.

O caso concreto deve figurar, portanto, como suporte fático a atrair a regra de incidência, ditando assim qual ente federativo vai licenciar o empreendimento.

Isso nos permite concluir que não é só a magnitude do gravame sobre a natureza o único critério viável para definição da competência enfocada, como no exemplo de obra numa terra indígena que se encontra dentro do território de um município.

O critério, portanto, é múltiplo não se restringindo à amplitude do impacto ambiental.

Outrossim, embora a LC 140/2011 não fale expressamente, ficou evidente que cabe ao órgão ambiental federal (IBAMA) toda e qualquer hipótese de licenciamento ambiental, bastando para tanto ser o caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, como previa o §4º, art. 10 da Lei nº 6.938/1981 e também o art. 4º, caput, da Res. 237 do CONAMA.

Além disso, essa responsabilidade recai sobre a aludida Autarquia em se tratando de atividades e obras previstas textualmente na Lei Complementar nº 140/2011, podendo a Comissão Tripartite de que trata o art. 7º, alínea “h” dispor sobre outras hipóteses de licenciamento, ampliando, portanto, a competência do IBAMA.

Ademais, restou claro ainda que os Estados têm competência para o exame e outorga da licença em caráter residual, ficando a cargo dos municípios o licenciamento de atividades e empreendimentos de impacto meramente local.

REFERÊNCIAS

ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 140/2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm. Acesso em 14 de nov. de 2020.

_____. *Lei nº 6.938/1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução nº 237/2007*. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 30 maio de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Acórdão no Agravo de Instrumento n.2007.01.00.000782-5/BA*. Relatora: RODRIGUES, Maria Isabel Gallotti. Publicado no DJ de 10-09-2007 p. 64. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca>>. Acesso em: 30 maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *SL 800*. Relator: Dias Toffoli. Publicado no DJ de 05/03/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=licenciamento%20e%20ambiental%20e%20indigena&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindember. *Repartição Constitucional de Competências no Estado Federal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/toq18_antonio_henrique.pdf>. Acesso em: 29 maio 2014.

FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAIM, Maurício Carneiro. *Lei Complementar nº 140/2011: Primeiras impressões*. Disponível em: <<http://www.intertox.com.br/index.php/toxicologia-em-manchete/312-lei-complementar-n-140-11-primeiras-impressoes>>. Acesso em: 28 maio 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. 6. ed. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RECEBIDO EM: 17/11/2019

APROVADO EM: 26/12/2019

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO EMPREGADO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES RESULTANTES DA RECORRENTE PRÁTICA DE REVISTA PESSOAL E ÍNTIMA NO AMBIENTE DE TRABALHO

*CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE EMPLOYEE
AGAINST VIOLATIONS RESULTING FROM THE
RECURRENT PRACTICE OF PERSONAL AND INTIMATE
SEARCHES IN THE WORK ENVIRONMENT*

Edson Vieira da Silva Filho

*Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre pela
Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. Professor
Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas.*

Marina Helena Vieira da Silva

*Mestranda em Direito, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós
Graduada pela Escola Paulista de Direito (EPD) em Direito Civil e Processual Civil.
Advogada .*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Legislação trabalhista acerca da prática de revista no ambiente de trabalho; 2. Constitucionalização do direito do trabalho e impactos na solução de casos de revista no empregador; 3. Princípios garantidores dos direitos do empregado frente à prática de revista

pelo empregador; 4. Posicionamentos do poder judiciário identificados frente aos casos de revista do empregado; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO: A realização de revista, tanto pessoal quanto íntima, em funcionários, no ambiente laboral, é prática recorrente adotada pelos empregadores, levando, em uma perspectiva garantista e a partir da ótica da proteção de Direitos Fundamentais, à necessidade de análise dos princípios constitucionais aplicáveis nas referidas situações, uma vez que tais práticas violam os direitos dos empregados em não serem submetidos a tais constrangimentos. A partir de uma metodologia de revisão bibliográfica e de estudo de casos, o presente trabalho possui como objetivo central a realização, de acordo com a legislação vigente, e com os princípios constitucionais aplicáveis aos casos que tratam da matéria, segundo as perspectivas de Souto Maior, uma análise crítica acerca da impossibilidade de o empregador proceder a revista íntima e pessoal no empregado. Será analisada, primeiramente, a construção da legislação trabalhista existente acerca do tema, para que, posteriormente, sejam analisados os impactos gerados pela constitucionalização do direito trabalhista, com o advento do constitucionalismo contemporâneo e do seu núcleo duro de Direitos Fundamentais, especificamente na prática da revista, bem como nos efeitos dos princípios garantidores dos direitos dos empregados frente ao empregador, para que, por fim, possa se atingir o objetivo da pesquisa, ou seja, através de uma análise principiológica e jurisprudencial, com base em julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho dos Estados de Minas Gerais e São Paulo em acórdãos dos últimos 10 anos, questionar e analisar a fundamentação para alguns dos posicionamentos distintos que são adotados acerca do mesmo tema buscando apontar o caminho decisório constitucionalmente adequado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Revista Pessoal. Revista Íntima. Princípios Constitucionais. Meio ambiente do Trabalho.

ABSTRACT: The realization of personal and intimate searches of employees in the work environment is a recurring practice adopted by employers, leading, from a guaranteed perspective and from the perspective of the protection of fundamental rights, to the need to analyze the constitutional principles applicable in such situations, since such practices violate the rights of employees not to be subjected to such constraints. Based on a methodology of literature review and case studies, the central objective of this article is to carry out, in accordance with current legislation and the constitutional principles applicable to cases that deal with the subject, according to the perspectives of Souto

Maior, a critical analysis of the impossibility of the employer to carry out an intimate and personal search on the employee. First, the construction of the existing labor legislation will be analyzed, so that, later, the impacts generated by the constitutionalisation of labor law will be analyzed, with the advent of contemporary constitutionalism and its hard core of Fundamental Rights, specifically in the practice of the search, as well as the effects of the principles that guarantee the rights of employees before the employer, so that, finally, the objective of the study can be achieved, that is, through a principled and jurisprudential analysis, based on judgments of the Regional Labor Courts of the States of Minas Gerais and São Paulo in judgments of the last 10 years, to question and analyze the grounds for some of the different positions that are adopted on the same subject seeking to point the way to constitutionally appropriate decision-making.

KEYWORDS: Labor Law. Personal Search. Intimate Search. Constitutional Principles. Work Environment.

INTRODUÇÃO

Objetivo central do presente trabalho é realizar uma análise acerca da tensão existente entre os direitos do empregador e do empregado quando utilizados como fundamento nas decisões judiciais proferidas em casos que tratam da possibilidade ou não da realização de revista pessoal ou íntima no ambiente de trabalho (em face do empregador).

Primeiramente, serão analisadas as normas elaboradas e vigentes sobre o tema, com o objetivo de demonstrar a incidência reiterada dos atos ilimitados de revista no empregado, levando à regulação sobre a prática, que acaba por ser adotada em decorrência do poder diretivo do empregador, inclusive com divergência jurisprudencial no que diz respeito à sua permissibilidade ou não e à preponderância sobre os interesses individuais dos empregados.

A recorrente prática da revista por empregadores, leva ao aumento de demandas frente ao Poder Judiciário e, como veremos, grande parte das decisões demonstram a utilização de princípios constitucionais para a fundamentação das decisões proferidas que, em grande parte das vezes, acabam por considerar admissível a revista em funcionários.

O empregado é parte vulnerável na relação de trabalho, sendo que por depender do empregador financeira e hierarquicamente, principalmente, acaba por sofrer abusos que afetam tanto seu próprio trabalho quanto sua

vida pessoal e os aspectos subjetivos que a envolvem, dentre eles íntimo, psíquico, e até mesmo físico.

A prática da revista íntima ou pessoal a que são sujeitados os empregados, demonstra justamente este abuso por parte do empregador, que, se valendo de sua condição de superioridade, viola direitos individuais do empregado, se valendo de artifícios como forma alternativa para a revista íntima ou até mesmo inspeção pessoal de objetos, tais como *scanners*, *raio-x* e demais equipamentos tecnológicos para controle de entrada e saída de objetos do ambiente laboral¹, entretanto, faz-se necessário refletir acerca da existência ou não de um limite que torne a prática de revista através destes métodos alternativos também como sendo capaz de gerar constrangimento e violação à intimidade e privacidade do empregado, considerando, principalmente, a subjetividade envolvida na questão.

Em um segundo momento, será debatida a constitucionalização das normas trabalhistas, que demonstrará a necessidade de constituir um norte para a prática judicial, considerando a finalidade da Constituição da República de nortear as normas infraconstitucionais vigentes, não sendo possível que tal questão seja analisada de forma apartada dos princípios constitucionais. É necessário ressaltar que o direito individual do trabalho presume a ideia de subordinação, que, embora não possua uma conceituação legalmente estabelecida, é concebida de acordo com a doutrina como sendo uma espécie de limitação da autonomia do empregado, que deve, por outro lado, observar a proteção dos direitos do homem, não sendo considerada uma sujeição pessoal (NASCIMENTO; 2014. p. 424/425).

Para que o direito do trabalho seja compreendido e aplicado corretamente, faz-se necessária a observância das normas constitucionais e da situação de vulnerabilidade do empregado, que deve ter seus direitos protegidos a fim de manter o equilíbrio da relação contratual existente, um ponto central que envolva a proteção do empregado e do empregador na medida adequada, considerando as diferenças existentes. Sobre os valores necessários para a preservação do direito do trabalho realista, bem como sobre a necessidade do reconhecimento e proteção da parte vulnerável no contrato de trabalho, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, leciona:

1 Em notícia do TST, publicada em 27 de agosto de 2015, é possível observar o posicionamento majoritário acerca da prática da revista “simples e sem contato físico”, sendo mencionada a utilização de meios tecnológicos para o exame nos funcionários. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/voce-sabe-quais-sao-os-limites-da-revista-pessoal-no-trabalho. Acesso em: 06 de julho de 2019.

Um Direito do Trabalho realista, capaz de honrar suas origens e de justificar sua faceta de proteção aos empregados, deverá partir dos valores tradicionais que o geraram: a tutela dos trabalhadores como homens livres, a proteção dos mais fracos, a preservação e a melhoria das condições de trabalho e o reconhecimento dos níveis coletivo e organizacional das relações laborais, sempre respeitando o conceito de cidadania. (OLIVEIRA; 2010b. p. 59)

Necessário ressaltar, ainda, que no Estado Social há a ideia de igualdade como forma de promoção de condições iguais de participação a todos, sendo que, no Estado de Bem-Estar Social, há a intervenção estatal com a finalidade de implementação dos Direitos Sociais previstos e de participação (PANSIERI; 2003. p.393).

Por fim, a partir de uma análise de casos de prática de revista pessoal e íntima identificados a partir de pesquisa pública no Tribunal Regional do Trabalho da segunda e terceira região, serão demonstrados alguns dos posicionamentos distintos adotados pelos julgadores para tratar sobre o mesmo tema, em um corte temporal que envolve acórdãos disponibilizados nos últimos 10 anos, demonstrando, por muitas vezes, a não utilização de princípios constitucionais para a fundamentação das decisões e a ausência de uniformidade do entendimento adotado para as soluções dos conflitos existentes acerca do tema, independentemente da existência de legislação que regula a matéria.

1 LEGISLAÇÃO TRABALHISTA ACERCA DA PRÁTICA DE REVISTA NO AMBIENTE DE TRABALHO

A regulamentação trabalhista sobre a revista íntima é relativamente recente no ordenamento jurídico. As proteções dos direitos fundamentais ganham ênfase com a constituição de 1988, momento em que novas perspectivas ligadas ao respeito ao indivíduo são apresentadas. Embora a Constituição Federal de 1988 consagre direitos inerentes às pessoas, tais como intimidade (OLIVEIRA; 2017. p. 183)² e privacidade (artigo 5º, X da Constituição Federal), inexistia, até 1999, uma regulamentação específica a respeito do tema, o que se tornou necessário considerando a elevada incidência da prática e a situação de abuso que o empregado muitas vezes se via inserido, muitas vezes antes mesmo do início do contrato (fase pré-contratual).

² A intimidade pode ser garantida através de três modalidades: a intimidade individual, a da casa como asilo individual e da correspondência, comunicações telegráficas e telefônicas, inexistindo explicitação da CLT nesse sentido.

Foi a Lei nº 9.799, de 26/5/1999, que incluiu o artigo 373-A, VI na Consolidação das Leis do Trabalho, apresentando a proibição expressa de realização de revista íntima em mulheres, estando inserido na “seção I”, referente a “duração, condições do trabalho e discriminação contra a mulher”. Nota-se, através da leitura do inciso IV deste dispositivo, a intenção do legislativo em coibir a prática da revista íntima contra as mulheres no ambiente laboral, em observância aos princípios que visam a preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade e privacidade (OLIVEIRA; 2017. p. 181)³, visto que, ainda, implicam desrespeito à cidadania, que é conjunto de prerrogativas e deveres capazes de demonstrar a integração da pessoa no espaço social (OLIVEIRA; 2010b. p. 52).

Apesar do referido dispositivo ser especificamente direcionado às mulheres, conforme se infere do próprio título da “seção I”, considerando o disposto no artigo 5º, I da Constituição Federal, que trata da igualdade de gêneros, restou existente dúvida quanto ao alcance da norma estabelecida, não estando claro seria vedada a realização da revista íntima nos funcionários do gênero masculino.

Como forma de solucionar o problema interpretativo com relação à aplicação da norma, foi formulado o Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, que resolve a questão estabelecendo que a matéria do artigo 373-A da CLT se aplica, igualmente, a ambos os gêneros, frisando, além disso, a total ilegalidade da realização de revista nos empregados e em seus pertences.

Resta claro, neste momento, a finalidade e abrangência da norma estabelecida, inexistindo dúvidas quanto a impossibilidade de realização de revista íntima, tornando inaceitáveis as interpretações em sentido contrário a fim de possibilitar a prática pelos empregadores.

É possível observar a intenção do legislador em preservar direitos do empregado no artigo 223-C da CLT, que trata dos bens inerentes à pessoa física que devem ser tutelados, dentre eles a integridade física, imagem e intimidade, pontos de extrema importância para o tema em questão, demonstrando a proteção garantida à pessoa física: “Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade,

3 O direito à intimidade pode ser entendido como a pretensão da determinação pela própria pessoa acerca das comunicações de sua vida. Já a privacidade do empregador, por sua vez, está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e à cidadania, dizendo respeito aos aspectos da vida do empregador que não envolvem diretamente a relação de trabalho.

a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Não há dúvidas, portanto, acerca da incompatibilidade da prática tanto da revista íntima como da pessoal frente aos bens jurídicos tutelados mencionados no artigo 223-C da CLT. Ora, não é possível se falar em preservação de intimidade com a exposição a situações vexatórias e constrangedoras no ambiente de trabalho, sendo necessário certo cuidado com a subjetividade existente nas palavras “intimidade, autoestima, imagem, etc.”, que denotam sentimentos pessoais que são peculiares para cada pessoa.

Por outro lado, mesmo com as mencionadas leis em vigor no ordenamento jurídico, nota-se que o problema está longe de ser resolvido. A prática vem sendo mantida, e, como consequência, no ano de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.271, de 15 de abril de 2016, que determina, novamente, de forma explícita, reafirmando os dispositivos já existentes, a proibição da realização da revista íntima na empregada. Com o objetivo de aumentar o controle sobre tais práticas abusivas, a lei inova com relação às demais, visto que prevê, em seu artigo segundo, a imposição de multa ao empregador em caso de descumprimento, no valor de R\$ 20.000,00, a ser revertida para órgãos de proteção às mulheres, ressaltando que tal multa não se confunde com o requerimento de indenização por danos morais, com possibilidade de ser aplicada em dobro em caso de reincidência, demonstrando a gravidade da situação e a insistência no descumprimento pelo empregado da legislação trabalhista existente sobre o tema.

Cabe frisar, ainda, que a aplicação da multa prevista na lei 13.271/2016 não interfere no requerimento de Indenização por Danos Morais, se tratando de verbas de naturezas distintas. A multa prevista na referida lei não será revertida para a empregada, mas sim para os órgãos de proteção dos direitos da mulher.

Considerando a legislação exposta sobre a realização da revista pessoal e íntima, é possível perceber a intenção do legislador em determinar a preponderância da preservação do direito de intimidade e privacidade do empregado. De qualquer forma, ainda há, jurisprudencialmente, divergência quanto à aplicação das mencionadas normas em razão de uma possível prevalência do direito do empregador sobre o empregado, o que será tratado no capítulo seguinte. Há que ser observado, ainda, o Pacto de San José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário e veda, expressamente, em seu artigo 5º, o tratamento degradante à pessoa.

Diversas leis, já mencionadas, foram editadas em um curto espaço de tempo a com o objetivo de atenderem a demanda de mais respeito à individualidade e a dignidade laboral daquele que é vulnerável, em uma relação desigual (OLIVEIRA; 2010a. p. 79)⁴, a fim de solucionar as questões existentes sobre a prática de revista no ambiente laboral, sendo que, em diversos momentos, restou demonstrada a violação a direitos pessoais do empregado com a referida prática pelos empregadores.

Devem ser considerados, ainda, os princípios constitucionais aplicáveis aos casos que envolvem as mencionadas práticas. Para tanto, faz-se necessária a compreensão acerca da constitucionalização do direito do trabalho, através de uma visão que vá além das normas estabelecidas na CLT, englobando os princípios que traduzem garantias conquistadas pelos trabalhadores e devem ser observadas.

Compreendendo a forma pela qual ocorre a constitucionalização do direito do trabalho, será possível realizar a análise jurisprudencial de forma crítica, com observância à forma de aplicação dos direitos envolvidos na questão trabalhada no presente trabalho.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E IMPACTOS NA SOLUÇÃO DE CASOS DE REVISTA NO EMPREGADOR

A Constituição, que pode ser concebida como sendo o conjunto de normas que ordena tanto a estrutura quanto o funcionamento do Estado (MALLET; 1993. p. 3), apresenta uma gama de direitos que regem as relações existentes em sociedade, recaindo sobre todos os ramos do direito.

No Brasil, o direito coletivo do trabalho já podia ser vislumbrado em 1699, com algumas corporações de ofício com caráter administrativo e religioso em 1699, sendo que, com as ideias de supressão das referidas corporações pregadas pelo Liberalismo, em expansão na Europa, a ideia de uma ofensa à liberdade individual e aos princípios da Revolução Francesa gerou impacto na Constituição de 1824, e, neste período, as associações e ligas operárias passaram a ser identificadas, muitas vezes com caráter reivindicatório. (FERRARI; NASCIMENTO; MARTINS FILHO; 1998. p. 75/76)

A preocupação com o direito do trabalho foi percebida, ainda, após a extinção do tráfico de escravos (1850), considerando que, antes disso, a mão

4 A relação de emprego se apresenta desigual, tendo em vista, principalmente, a subordinação como requisito essencial do contrato de trabalho, sendo o empregador detentor do poder de coordenar, controlar e organizar os fatores de produção.

de obra que era utilizada se baseava tão somente na relação existente entre os senhores de terras e os escravos. Desde então, com o desenvolvimento da indústria, uma classe operária passou a ser vista, sendo, inicialmente, marcada pela forte opressão que sofria (SOUTO MAIOR; 2000. p. 64).

A primeira constituição que inseriu normas de direitos sociais no seu corpo, foi a Constituição Mexicana de 1917, podendo ser considerada como o dispositivo jurídico próprio do Constitucionalismo Social da primeira metade do século XX (HERRERA; 2003. p. 82), estabelecendo, principalmente, normas referentes aos direitos dos trabalhadores, e à limitação da propriedade privada. Leis sociais começaram a ser percebidas em torno de 1920, como forma de imposição disciplinar nas fábricas (SOUTO MAIOR; 2000. p. 64), regendo as relações estabelecidas entre os empregadores e empregados.

Diversos eventos marcam também a afirmação histórica do direito social, como a Declaração da Filadélfia de 1944 e a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948 (SOUTO MAIOR; 2011. p. 364). Entretanto, no que se refere ao surgimento da legislação trabalhista no Brasil, há uma direta relação com a formação do modelo capitalista (SOUTO MAIOR; 2017. p. 12).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, conta com princípios que espelham o pensamento do povo à época de sua elaboração, objetivando, principalmente, a preservação da dignidade da pessoa humana, através da preservação de condições mínimas de existência digna a todos. Com relação às questões trabalhistas, a Constituição de 1988 apresenta uma relação detalhada dos direitos que são aplicáveis, podendo ser concebida como sendo uma Constituição histórica para o direito do trabalho, considerando as inúmeras questões com relação aos direitos nas relações de trabalho⁵.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, se apresentam como objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito, sempre direcionados por um ideal de justiça a ser atingido (GOMES; 2005. p. 65/68), constituindo a forma pela qual todas as práticas adotadas devem se pautar, como forma de garantia a todos os cidadãos brasileiros, sendo necessário ressaltar, ainda, que as questões referentes a direitos humanos devem ser de aplicabilidade imediata pelo Judiciário (COMPARATO; 2001, p. 14).

5 Artigo 1º, IV; 5º, XIII; 6º a 11º, etc.

Merecem destaque os intitulados direitos sociais, previstos na Constituição de 1988, do artigo 6º, até o 11º, que são aqueles que podem ser dirigidos contra o Estado, determinando a exigibilidade de prestações através de um conteúdo programático que deve ser cumprido pelo próprio Estado, estabelecendo uma relação direta com o princípio da não-neutralidade, que trata do comprometimento com os desfavorecidos (SILVA NETO; 1998. p. 49/54).

O artigo 7º da Constituição Federal elenca direitos dos trabalhadores que visam a melhoria de sua condição social, sem os quais não haveria uma vida laboral digna, direitos estes alcançados no decorrer do tempo e fixados como cláusulas pétreas nos termos do artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

Há, portanto, a necessidade de garantia de direitos sociais, sendo vedado o retrocesso social de acordo com o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, que demonstra a necessidade da realização progressiva dos direitos relacionados⁶, sendo impossibilitada a sua supressão ou redução por qualquer circunstância (COUTINHO; 2003. p. 367).

Mesmo existindo previsão expressa quanto à impossibilidade da prática da revista no ambiente de trabalho, e ainda a necessidade de observância da legislação existente com base na Constituição da República, é possível observar, em alguns manuais trabalhistas, a transmissão do pensamento em sentido contrário, considerando possível a adoção de tal conduta pelo empregador.

Considerando a existência de posicionamento doutrinário neste sentido, devem ser esclarecidos os pontos que demonstram, por outro lado, os princípios que garantem direitos aos empregados e devem ser levados em conta quando da aplicação da norma, que não pode simplesmente deixar de lado o viés constitucional necessário à compreensão do tema, fator decorrente da própria constitucionalização do direito do trabalho, responsável por estreitar a relação entre normas trabalhistas e princípios constitucionais.

A não aplicação de determinadas normas, estabelecidas através de um processo legítimo e democrático, não pode deixar de lado a consciência acerca da existência dos direitos sociais, bem como da possibilidade de

6 Artigos 6º, 7º, 8º e 9º do Protocolo de San Salvador.

sua aplicação com efetividade, como forma de garantia da execução dos princípios elencados que buscam equilibrar as situações de injustiça existentes, através da promoção de um espaço digno de trabalho para o empregador (COUTINHO; 2003. p. 377).

Necessário se faz, neste momento, realizar uma análise acerca dos princípios que envolvem direitos do empregado com relação à impossibilidade de realização da revista pessoal e íntima no ambiente de trabalho.

3 PRINCÍPIOS GARANTIDORES DOS DIREITOS DO EMPREGADO FRENTE À PRÁTICA DE REVISTA PELO EMPREGADOR

A Consolidação das Leis do Trabalho apresenta, em seu artigo 3º, a definição de empregado, que deve ser entendido como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, possuindo, além das garantias expostas na CLT, garantias constitucionais que auxiliam na compreensão das razões pelas quais há a tentativa de vedação da revista pessoal e íntima, conforme já demonstrado.

O primeiro ponto que deve ser apresentado para o entendimento acerca dos princípios que cercam o empregador, trata da dignidade da pessoa humana, pode ser concebida como um conjunto de princípios e valores instituídos às pessoas com a finalidade de garantir que todos tenham uma vida digna, com o respeito de seus direitos pelo Estado.

Este complexo de direitos a serem garantidos pelo Estado, devem assegurar o exercício da vida digna pelo homem, representando a ideia de existência através de valores inerentes à pessoa humana pelo simples fato de sê-lo (SARLET; 2004. p. 60).

De qualquer forma, a intimidade é uma questão complexa, que deve ser construída a partir da ideia de que não diz respeito exclusivamente à pessoa física, ao seu corpo, mas também diz respeito àquilo que a constitui, os pertences do indivíduo compõem sua identidade e gozam das mesmas perspectivas de proteção, por serem uma extensão do indivíduo. Qualquer pessoa, portanto, tem o direito de ter a preservação de intimidade sob seus pertences e também sob os demais aspectos de sua vida que não deseje externar, não sendo possível, considerar válida a realização de revista nos bens ou no próprio corpo do empregado sob pena de violação à intimidade.

O princípio da legalidade, também presente na Constituição Federal, prevê, expressamente, a impossibilidade de imposição de obrigação sem determinação legal, nos termos do artigo 5º, II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio deixa clara a impossibilidade de que o empregado seja submetido a procedimento de revista (não previstos em lei) por determinação do empregador, inexistindo justificativas que demonstrem a possibilidade da adoção de tais práticas.

O empregador não deve, portanto, utilizar de seu poder diretivo⁷ (OLIVEIRA; 2010a. p. 135), e, por consequência, de seu direito de propriedade dos bens da empresa ou da sua condição superior à de seus subordinados, para o fim de praticar abusos para com os empregados, os levando a situações degradantes e constrangedoras (SOUTO MAIOR, 2011. p. 223), devendo ser preservadas as garantias estabelecidas de forma específica na CLT e através dos princípios constitucionais que envolvem a matéria.

A vedação do tratamento degradante (artigo 5º, III da CF) também demonstra a vedação legal de que qualquer pessoa seja submetida a procedimentos que se apresentem de forma degradante ou desumana, sendo que, a prática da revista aos empregadores evidentemente os coloca em uma posição desconfortável e conseqüentemente degradante.

Os mencionados princípios, são alguns dos que demonstram a garantia dos direitos do empregado frente à prática de revista pessoal e íntima pelos empregadores, restando evidente a impossibilidade da realização de tais práticas sob quaisquer fundamentos. Faz-se, portanto, necessária a observância dos dispositivos legais que regulamentam o tema sob a ótica dos direitos constitucionais que evidenciam a prevalência dos direitos do empregado sob o poder diretivo do empregador.

4 POSICIONAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO IDENTIFICADOS FRENTE AOS CASOS DE REVISTA DO EMPREGADO

Será realizada, neste tópico, uma análise jurisprudencial de acórdãos localizados a partir de pesquisa por assunto nos sites do TRT da segunda e terceira região, que representam os dois Estados com maior população na região sudeste⁸, com grande concentração de empresas de médio e grande porte, onde ocorre com maior frequência tal prática, com a finalidade de apurar quais

7 O poder diretivo encontra fundamento no artigo 2º da CLT, que conceitua o empregador, lhe cabendo a determinação das regras pelas quais o serviço prestado pelo empregado deverá se pautar.

8 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp.html> e <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg.html> Acesso em: 23 dez. 2019.

são as divergências nos posicionamentos adotados nesta região, bem como os argumentos utilizados para sustentação das escolhas realizadas pelos julgadores.

A busca por jurisprudência nos sites dos TRT's 2 e 3 foi realizada com a utilização das expressões “revista pessoal e revista íntima” no campo de pesquisa, sendo localizados, no TRT 2, 1.395 acórdãos, e no TRT 3, 2.264 acórdãos. A partir da identificação dos acórdãos foi feita uma seleção de acordo com a pertinência temática proposta no artigo, sendo que, os acórdãos aqui utilizados foram somente aqueles que tratavam especificamente da constitucionalidade ou não da prática da revista pessoal e íntima no ambiente de trabalho, de forma que as demais foram descartadas da análise, sendo, ainda, mencionadas no artigo somente as representativas de cada posicionamento identificado. Assim, pode ser realizada uma divisão em dois grupos de jurisprudências.

No primeiro caso, foi possível observar o entendimento firmado por alguns julgadores no sentido de considerar possível a prática da revista pessoal e íntima no ambiente de trabalho quando não ferir a integridade, não for pessoal e não demonstrar perseguição, com a tolerância da revista nos pertences pessoais dos empregados, em total inobservância aos princípios e dispositivos legais supramencionados que demonstram expressamente a violação à adoção de tais condutas pelo empregador. Neste sentido, a Relatora Denise Alves Horta, do TRT da terceira região, entendeu, em voto⁹ proferido, que se faz necessária a realização de ponderação dos princípios que envolvem os direitos do empregado e do empregador¹⁰.

Entendimento semelhante foi adotado pelo TRT da 3ª Região, sendo proferido voto pela Relatora Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, que fundamentou sua decisão no sentido de que, embora considere possível a condenação pela prática de revista íntima, a revista em bolsas e pertences dos empregados que não gere constrangimentos é permitida¹¹. Necessário ressaltar que, em nenhum dos casos apontados, há uma definição consistente acerca dos parâmetros utilizados para a definição do que é considerado como

9 BRASIL, TRT 3ª Região – RO 0010277-08.2016.5.03.0131. Relatora Desembargadora Denise Alves Horta. Disponibilização: 17/05/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5329> Acesso em: 28 maio 2019.

10 Neste caso, há o entendimento de que a revista diária nos pertences dos empregados é possível quando não for demonstrada conduta desproporcional do empregador, de forma a causar constrangimentos.

11 Considera possível a revista sem contato físico sobre os pertences dos empregados de forma indiscriminada, sob o fundamento de que atende ao que a jurisprudência dominante vem considerando como lícito. BRASIL, TRT 3ª Região – RO 0011338-92.2016.5.03.0036. Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponibilização: 15/02/2018. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5420> Acesso em: 28 maio 2019.

constrangedor ao empregado, sendo apenas ventilada a hipótese de que a prática se apresente proporcional ou não ao poder diretivo do empregador.

Identifica-se, ainda, a utilização de argumento pelos julgadores de que já há entendimento dominante da jurisprudência no que se refere à prática da revista no empregado, o que, por sua vez, não preenche o requisito da fundamentação necessária da decisão¹², existindo norma expressa que considera carente de fundamentação a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, e, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do § 1º do artigo 489 do CPC, que se enquadram no caso apresentado.

Algumas decisões, ainda, expressam claramente o entendimento acerca da impossibilidade da prática de revista íntima, considerando que o exame aos pertences do empregado é possível, não sendo permitida apenas a prática excessiva.¹³ Tal permissão demonstra a ausência da aplicação dos princípios de preservação de intimidade e privacidade, principalmente, uma vez que o exame dos pertences do empregado também pode gerar possível constrangimento, mesmo que não seja realizada diante de outras pessoas ou de forma “comedida”.

Da mesma forma, no TRT da 2ª Região, foram localizados acórdãos que há o entendimento pela possibilidade da revista intitulada “moderada” aos pertences, que (supostamente) não gere constrangimento ao empregado, conforme se observa através do voto proferido pela Relatora Adriana Prado Lima no processo nº: 0000370-80.2013.5.02.0312¹⁴.

12 Artigos 11 e 489, II do Código de Processo Civil.

13 No referido acórdão, é firmado o entendimento de que o exame dos pertences é admitido visando a defesa do patrimônio do empregador, sendo que esta prática não pode afrontar o direito à intimidade e privacidade dos empregados. BRASIL, TRT 3ª Região – ROPS 0011300-13.2018.5.03.0068. Relatora: Paula Oliveira Cantelli. Órgão Julgador: Quarta Turma. Disponibilização: 17/05/2019. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5329> Acesso em: 28 maio 2019.

14 É considerada a impossibilidade da revista íntima, e, ao mesmo tempo, a possibilidade da revista moderada, sem contato físico. BRASIL, TRT 2ª Região. Processo nº: 0000370-80.2013.5.02.0312 – Relatora: Adriana Prado Lima. Número do Acórdão 20140249790. Data de Publicação 01/04/2014. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=ea89cd4e2dbc6be46b8f9225f3728511b45f7317&fieldName=Documento&extension=pdf#q=> Acesso em: 29 maio 2019.

Outro acórdão que merece destaque, do TRT da segunda região, de n.º 20090397104¹⁵, referente aos autos do processo de n.º 03064200504202006, demonstra o entendimento de que não seria cabível a indenização por danos morais ao empregado por inexistir prova suficiente do fato alegado¹⁶, mesmo considerando a existência de depoimento prestado por informante que corrobora os fatos afirmados na inicial, ressaltando que, embora não possua o mesmo valor que o depoimento testemunhal, nos termos do § 2º do artigo 457 do Código de Processo Civil, poderá o juiz utilizar da narrativa prestada para a formação de seu convencimento, ressaltando que não foi utilizada como fundamento qualquer outra circunstância ou prova contrária que retirasse a legitimidade dos fatos expostos pela parte, no caso concreto, deixando o Relator claro o seu entendimento acerca da possibilidade de realização da revista sem constrangimento.

Cabe indagar, ainda, qual o parâmetro adotado pelos julgadores acerca de razoabilidade e constrangimento, considerando que são conceitos totalmente subjetivos e que não deveriam ser aplicados de forma tão leviana quanto se observa na jurisprudência objeto de análise. Acerca da utilização do termo “razoável” para caracterizar a forma pela qual se dá a realização da revista, observe o trecho do acórdão proferido no TRT¹⁷.

Nota-se a utilização, nas decisões, de palavras que denotam o subjetivismo, tendo em vista que se referem a sentimentos pessoais, tendentes a variação de acordo com o caso concreto e com uma pessoa específica, não parecendo razoável que o Julgador seja competente para externar o que é razoável, constrangedor ou humilhante para outras pessoas.

Entretanto, por outro lado, em observância à legislação existente¹⁸ sobre o tema e aos princípios constitucionais expostos no presente

15 Íntegra do acórdão disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=e232c6e25ab5eb1e34d12dc9c41c476c81d82ef3&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 29 maio 2019.

16 Mesmo considerando a existência de detector de metais, foi considerado depoimento de testemunha que afirmou que aquele, na maior parte das vezes, não funcionava existindo inclusive detector de metais substituto. Entende o Juízo, ainda, que em estabelecimento em que se manuseiam joias, é normal que se proceda a revista nos empregados.

17 Entende que a prática de revista que não tenha caráter íntimo encontra respaldo no poder diretivo do empregador, entendendo, que nessas hipóteses, não há constrangimento. BRASIL, TRT 2ª Região. Processo n.º: 0002015-45.2010.5.02.0313. Magistrado Relator: Wilson Fernandes. Número do Acórdão: 20130603036. Data de Publicação: 18/06/2013. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=48b1aa4809662ce707550466224c266cee4c918c&fieldName=Documento&extension=pdf#q=>>>. Acesso em: 29 maio 2019.

18 Necessário mencionar a vinculação do legislador como condição para a conservação da República, de forma que, para a implementação do Estado Social faz-se imprescindível a programaticidade constitucional que vincula, além do legislador, todos os poderes constituídos.

artigo, foi identificado um segundo grupo de acórdãos em que há a total inadmissibilidade da prática da revista no ambiente de trabalho, conforme se observa, por exemplo, no voto proferido pelo Relator do processo nº: 0002360.08.2010.5.02.0314 em trâmite pelo TRT/SP, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.¹⁹ No mesmo sentido, decidiu a Relatora Bianca Bastos, considerando a prática da revista, até mesmo pessoal, como violadora dos direitos do empregado, como pessoa humana²⁰.

Posicionamentos como este, não tão fáceis de serem localizados nos Tribunais da segunda e terceira região, demonstram a preocupação em preservação das garantias constitucionais, considerando como obrigação do empregador o tratamento dos empregados como cidadãos, e, ainda, que a prática da revista (mesmo que pessoal) deve ser considerada como forma de violação à honra subjetiva do empregado.

A fundamentação utilizada no acórdão reforça o entendimento externado através das inúmeras leis constantes no ordenamento jurídico que buscam conferir proteção ao empregado quando da ocorrência da revista, visto que se configura, evidentemente, como prática violadora de direitos subjetivos do empregado (direito à intimidade, privacidade, e dignidade da pessoa humana), não sendo razoável que o empregado se submeta a tais práticas sem que se considere ao menos a possibilidade de degradação ou humilhação à uma pessoa, alguém que muito antes de ser empregado, é um ser humano, e deve ser respeitado como tal.

Nota-se, portanto, além da ausência de critérios para a definição do que é constrangedor à pessoa, há a remissão a outros casos como fundamentação, sob o argumento de que é “a forma pela

19 É considerada a total inadmissibilidade da revista, visto que viola a dignidade e a intimidade do cidadão-trabalhador, resguardadas pelos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso V da Constituição de 1988. Ressalta, ainda que dentre as obrigações do empregador, está o respeito aos seus empregados, tratando-os como cidadãos e seres humanos. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cacheddownloader?collection=coleta013&docId=31815ab7f4c60e0d6112bd6a45da0ac9918369af&fieldName=Documento&extension=pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

20 É considerado que a realização de revista demonstra a falta de confiança na honestidade de todos os trabalhadores que são seus empregados. BRASIL, TRT 2ª Região. Processo nº: 00018767520105020319. Desembargadora Relatora: Bianca Bastos. Número do acórdão: 20120564453. Data de Publicação: 30/05/2012. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cacheddownloader?collection=coleta013&docId=5d8e2ed35cb25dfa260d1324766bfbb77fb510ed&fieldName=Documento&extension=pdf#q=>>>. Acesso em: 14 de jul. 2019.

qual a jurisprudência vem decidindo sobre o tema”, não constituindo fundamentação nos termos legais²¹.

A espantosa ausência de fundamentação nas decisões demonstra o elevado prejuízo causado aos empregados, que, reféns do Poder Judiciário, acabam por ter seus direitos sociais (SOUTO MAIOR; 2007. p. 1318) desconsiderados e sua condição de vulneráveis deixada de lado em face do protecionismo conferido ao empregador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração os aspectos mencionados, é possível observar que, mesmo com o vasto arcabouço normativo existente acerca da impossibilidade da prática da revista em empregados, tanto nas normas constitucionais quanto infraconstitucionais, o problema existente está longe de chegar ao fim.

A condição de subordinação do empregado, conforme se infere do artigo 3º da CLT, demonstra a hierarquia existente nos contratos de trabalho, que, por sua vez, não é feito entre iguais, envolvendo uma dependência que pode ser concebida em diversos aspectos, como econômico, social ou técnica. Da mesma forma, a subordinação envolve o exercício de formas de controle por parte do empregado que, por muitas vezes, pode acabar gerando danos morais ou pessoais.

Tendo em vista o processo de constitucionalização do direito do trabalho, que prevê hoje a inclusão de direitos sociais em seu corpo, faz-se necessária uma leitura constitucional das normas trabalhistas, para que seja possível aplicar os dispositivos com observância ao enfoque necessário que deve ser dado aos direitos inerentes ao homem, principalmente à dignidade da pessoa humana, privacidade e intimidade, assim como os demais princípios constantes na carta magna envolvendo os empregados e que devem ser garantidos em qualquer circunstância.

Mesmo com a Constituição da República prevendo, em seu corpo, uma série de direitos que demonstram a garantia de direitos individuais como a privacidade e intimidade, bem como a existência de leis e enunciados

21 Ainda neste sentido, é possível observar a ausência da fundamentação e a desconsideração dos direitos inerentes ao trabalhador nos recursos de número: 0010446-02.2018.5.03.0009 (ROPS – TRT 3ª Região), 0010084-31.2019.5.03.0052 (RO – TRT 3ª Região), 0010688-86.2018.5.03.0129 (RO – TRT 3ª Região), 0231200-83.2007.5.02.0044 (RO – TRT 2ª Região), 0001887-30.2014.5.02.0072 (RO – TRT 2ª Região), 0167200-60.2007.5.02.0081 (ED – TRT 2ª Região).

tratando da impossibilidade da prática de revista no ambiente de trabalho, a prática se mostra diferente, sendo que todos estes instrumentos não são suficientes para a solução do problema, e, mesmo com a expressa vedação das referidas práticas, há por muitas vezes a banalização dos direitos individuais dos trabalhadores, sendo realizada a revista pessoal e até mesmo a íntima, quando supostamente não houver “constrangimento” ou “distinção na aplicação do procedimento”.

A necessidade de fundamentação das decisões proferidas não é observada em muitos dos casos, sendo o empregado desamparado por não ter o seu caso analisado de forma cautelosa e com observância às normas constitucionais vigentes, sendo que, muitas das vezes, por outros processos serem decididos dessa forma, os julgadores acabam por considerar apenas a ilicitude na revista íntima, sendo a pessoal considerada como exercício do poder diretivo do empregador. A constatada ausência de fundamentação nas decisões, ou até mesmo a remissão a outros julgados sem que conste a análise detalhada do caso concreto, levam à fragilização do empregado frente às práticas abusivas cometidas pelo empregador, que, por sua vez, acaba por não ser responsabilizado de qualquer forma pelas revistas indevidamente praticadas.

Muitos empregados, inclusive, utilizam de artifícios para mascarar a prática recorrente de revista em seus funcionários, e essas medidas são consideradas constantemente pelo Poder Judiciário como válidas e incapazes de gerar constrangimento, deixando de lado os conceitos de privacidade e intimidade trabalhados ao longo do texto.

Enquanto a prática Judiciária demonstrar a inexistência de preocupação com o empregado, parte vulnerável na relação de trabalho, a situação de violação a direitos inerentes à pessoa física permanecerá no ambiente laboral. Deve haver, no Brasil, e principalmente no que tange ao direito do trabalho, a aplicação do projeto do Direito Social (SOUTO MAIOR; 2011, p. 760) de preservação da dignidade da pessoa humana, com respeito e melhoria da condição laboral dos empregados, sem o cometimento de fraudes e formas de desvio da lei trabalhista existente, que, atualmente, veda a prática da revista no ambiente de trabalho.

Cabe, tanto ao Judiciário quanto aos cidadãos, por meio da produção científica, de decisões e utilizando de reivindicações, demonstrar a existência de uma lei vigente que veda a prática de revista no ambiente laboral, com a finalidade de preservação da integridade dos empregados e a sua privacidade, sendo inaceitável a prática da revista pessoal ou íntima.

Em poucas jurisprudências foram apontados posicionamentos claramente favoráveis aos direitos do empregado, sendo considerada, nestes casos, impraticável no ambiente de trabalho tanto a revista pessoal quanto íntima. Estes poucos casos devem servir como forma de demonstração aos empregadores dos diversos direitos que cercam os empregados, que, antes de tudo, devem ser vistos como pessoas e merecem a preservação de sua privacidade e intimidade em todos os aspectos e espaços, incluindo em seu local de trabalho.

Conclui-se, portanto, que nas jurisprudências analisadas existem duas vertentes principais diametralmente opostas. A primeira que pode ser vista como uma corrente mais tradicional, se divorcia do modelo constitucional brasileiro focado em princípios destinados à promoção de direitos fundamentais e ampliação das garantias de uma maneira geral e mais especificamente de grupos vulneráveis como o polo dos empregados nas relações trabalhistas.

A fragilidade dos empregados, que se apresenta em decorrência da sua posição nos meios de produção, sendo eles em boa parte tidos como disponíveis e de fácil substituição, demanda uma leitura a partir da sua vulnerabilidade na relação, e, se as respostas tradicionais apontam para a permissão de uma série de violações a partir do modelo constitucional moderno, em que o positivismo normativista dá todas as respostas para todas as questões em um processo subsuntivo calcado em lógicas formais, há que se levar em conta que o novo surge com o atual modelo constitucional brasileiro.

A segunda vertente, à qual o presente trabalho se alinha, já encontra nos princípios constitucionais, nortes de sentido que se apresentam como caminhos adequados constitucionalmente para a resposta jurisdicional adequada. Nessa perspectiva, acredita-se que a vedação da revista de qualquer natureza, garante direitos fundamentais do trabalhador e é a única postura aceitável em um Estado Social Democrático de Direito, como o do Brasil do século XXI.

REFERÊNCIAS

BUSNARDO, Juliana Cristina; BACELLAR, Regina Maria Bueno (org.); GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA Rúbia Zanotelli de (coord.). *Direitos humanos e meio ambiente do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, São Paulo, n. 14, 2001. Disponível em: http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev14Art5.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 anos de constituição dos direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, nº 15. Diciembre 2003.

MALLET, Estevão; MAGANO, Octávio Bueno. *O direito do trabalho na constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. In: SIMIONI, Rafael Lazzarotto (org.). *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo. LTr, 2010a.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. Direito do trabalho e cidadania. *Revista de Estudos sobre área de Direito UNIANCHIETA*, 2010b. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito14_4.pdf>.

PANSIERI, Flávio. Direitos sociais, efetividade e garantia nos 15 anos de Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. v. I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Efeitos horizontais das agressões aos direitos de personalidade: estudo de caso. In: ALVES, Giovanni *et al* (Org.). *Trabalho e saúde: a precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no século XXI*. São Paulo: LTr, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho*, v. I: parte II. São Paulo : LTr, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Dano Social e Sua Reparação. *Revista LTr*, V.71, p.1317 - 1323, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

RECEBIDO EM: 22/02/2020

APROVADO EM: 20/05/2020

A IMPORTÂNCIA DA NOÇÃO DE SISTEMA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

THE IMPORTANCE OF THE SYSTEM CONCEPT FOR ADMINISTRATIVE LAW

Felipe Fernandes

Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

José Luiz Souza de Moraes

Doutor em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Estado e Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Constitucional na Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Evolução do Conceito de Sistema; 1.1 Evolução e Conceito; 1.2 Sistemas Jurídicos; 1.3 Sistema Jurídico e Princípios 1.4

Perspectiva Sistêmica do Direito; 1.5 Fixação de Premissa: Elementos Essenciais; 2 Sistema e Direito Administrativo; 2.1 Aspectos Dogmáticos; 2.2 Aspectos Pragmáticos; 2.2.1 Autonomia da Advocacia de Estado; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a importância da noção de sistema para o Direito Administrativo. Para tanto, fixamos, primeiramente, o que entendemos por sistema, pela análise das teorias sistemática e sistêmica do Direito, observando-se, nesta toada, tanto aspectos internos quanto a relação que o Direito possui com os demais sistemas sociais. Em seguida, analisamos os fundamentos do Direito Administrativo, baseado na ideia de defesa do interesse público. Concluímos, que, no plano dogmático, se cada agente normativo fosse livre para editar normas próprias, destoantes daquelas consagradas no regime jurídico administrativo, este acabaria por ser fatalmente consumido, o que impõe a necessidade de uma orientação sistemática. No plano pragmático, a falta de rigor sistemático poderia levar tanto à produção de decisões conflitantes quanto à corrupção do Direito pelos demais sistemas, provocando o mau funcionamento de suas instituições, hipótese escrutinada por meio da defesa da necessidade lógica de reconhecimento de autonomia aos órgãos de Advocacia de Estado, que, como órgãos jurídicos, devem ter sua atuação pautada pelo código do Direito, o que lhes garante imunidade frente à influência política.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência. Sistema. Princípios. Direito Administrativo. Regime Jurídico Administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the importance of the notion of system for Administrative Law. To do so, we first fix what we understand by system, by analyzing the systematic and systemic theories of law, observing, in this tone, both internal aspects and the relationship that law has with other social systems. Then, we analyze the fundamentals of Administrative Law, based on the idea of defending the public interest. We conclude that, on the dogmatic level, if each normative agent were free to edit their own rules, different from those enshrined in the administrative legal regime, it would eventually be fatally consumed, which imposes the need for systematic guidance. At the pragmatic level, the lack of systematic rigor could lead to both the production of conflicting decisions and the corruption of law by other systems, causing the malfunction of their institutions, a hypothesis scrutinized through the defense of the logical need for recognition of

autonomy to the organs of law. State advocacy, which, as legal bodies, must have their performance guided by the code of law, which guarantees them immunity from political influence.

KEYWORDS: Science. System. Principles. Administrative Law. Administrative Legal Regime.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedica a tecer uma análise acerca da interrelação entre a concepção de sistema e o Direito Administrativo, verificando a importância da adoção daquela para o melhor desenvolvimento desta disciplina.

Haja vista a multivocidade do termo “sistema”, nos prestaremos, num primeiro momento, a fixar um conceito e as principais características do objeto sobre o qual nos debruçamos, tarefa realizada tanto sob uma perspectiva sistemática, quanto sob um viés sistêmico, a fim de analisar a forma da interação do direito com os demais sistemas.

Da oposição entre essas duas vertentes, extrairemos elementos essenciais que serão úteis na análise da fenomenologia ínsita ao regime jurídico administrativo.

Por fim, analisando especificamente esse regime, verificaremos as consequências do uso da teoria dos sistemas nos planos dogmático e pragmático, sendo que, neste último, será enfocada a atuação dos órgãos de Advocacia de Estado como forma de testar a hipótese inicialmente suscitada.

1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SISTEMA

1.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

Primeiramente, precisamos estabelecer o que entendemos pelo conceito de sistema, cientes de que esse termo sofreu com certa multivocidade ao longo dos anos.

Trata-se de termo tem origem grega (*systema*), sendo que o significado hoje consagrado difere daquele originariamente adotado pelos gregos, para os quais “na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes” (FERRAZ JR., 1976, p. 9).

Para efeitos da presente pesquisa, daremos um salto na evolução do signo para partirmos de uma concepção mais moderna, destacando-se que é a partir do Século XVII que o termo se generaliza e fixa as bases da conceituação hoje consagrada, com destaque para a teoria de Christian Wolff (Século XVIII), segundo a qual “sistema é sobretudo ‘nexus veritatum’, que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução” (FERRAZ JR., 1976, p. 11). Nesta esteira evolutiva, destaca-se ainda o estudo de Heinrich Lambert, que observa o sistema como “um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução” (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

Neste sentido, é possível identificar genericamente sistema como “um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras” (ABBAGNANO, 2007, p. 908).

Destacamos que Immanuel Kant, para além dessa noção, subordinou o conceito de sistema à unidade do princípio, dando ênfase, à ideia de uma articulação, diferente de um mero amontoado de elementos (FERRAZ JR., 1976, p. 12). O filósofo abandona a perspectiva mecânica outrora consagrada, substituída pela orgânica, no sentido de que o sistema “pressupõe uma força única, central, interna, agindo de modo teleológico”. (FERRAZ JR., 1976, p. 12).

A partir disso, mais modernamente, outras concepções foram propostas, com destaque para aquela desenvolvida por Ludwig von Bertalanffy, biólogo que se dedicou ao estudo da Teoria Geral dos Sistemas, reconhecido como o fundador dessa (CAVALCANTI; DE PAULA, 2012). Sua concepção teórica foi desenvolvida numa “tendência de teorias generalizadoras, na tentativa de unificação das ciências” (CAVALCANTI; DE PAULA, 2012). Ou seja, buscava-se desenvolver um tipo de raciocínio que possibilitaria a abordagem de diversos ramos científicos, por meio da identificação de “leis formalmente idênticas ou isomórficas em campos diferentes” (VON BERTALANFFY, 2008, p. 62).

Assim, sistemas foram definidos como complexos de elementos em situação interação, identificáveis em diversos fenômenos, tais como seres vivos, comunidades animais ou sociedades humanas. A partir da investigação desses objetos distintos seria possível identificar conceitos, modelos e leis similares, o que se apresenta de grande valia para efeito de análise das respectivas realidades.

Desse modo, seja em um ser vivo, em um bioma ou nas leis de determinado ordenamento, é possível identificar elementos em interação,

interação essa que depende de certa lógica para que seja mantido o equilíbrio necessário à sua sobrevivência. Essa moderação é mantida e garantida pelos próprios elementos, que, voltados para um fim, deverão controlar os fenômenos ocorrentes em seu interior, orientados por uma “tônica” essencial à feição do todo e refletida em cada uma das partes.

Diante do exposto, sob uma perspectiva sistemática, podemos conceituar o objeto do nosso estudo como a identificação de um conjunto de elementos relacionados, os quais se comunicam e controlam entre si, dentro de uma lógica coesa e coerente internamente estabelecida, lógica essa marcada por um fim, mantida a possibilidade de corte ou decomposição em subsistemas.

Dito isso, passemos aos tópicos posteriores, nos quais analisaremos os sistemas jurídicos sob três perspectivas: primeiramente, os sistemas nas teorias positivistas clássicas; num segundo momento, o impacto da substantivação do direito, por meio dos princípios, na teoria sistemática do direito e, por fim; analisaremos a teoria sistêmica do direito, uma abordagem de viés sociológico que busca explicar a interação do sistema do direito com os demais.

1.2 SISTEMAS JURÍDICOS

Iniciamos este tópico destacando que a própria noção de ciência passa por uma concepção de sistema, vez que essa seria “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar conhecimentos sobre determinado âmbito de coisas segundo determinada perspectiva” (KELLER, 2009, p. 42). Sendo assim, abordar qualquer todo caótico sob um prisma científico envolve racionalizar seus elementos, de maneira que se identifique uma relação coerente entre eles.

Dessa maneira, com a proposta de abordagem científica do direito, os juristas também passaram a buscar critérios racionais por trás do amontoado de normas que compõem o ordenamento jurídico, em outras palavras, uma forma coerente de ordenar o caos representado pelo produto normativo em seu estado bruto.

Por essa razão, a abordagem sistemática foi de grande valia, pois franqueou a possibilidade de tratar de forma lógica e coerente aquele conjunto antes desordenado de normas, sendo pertinente lembrar que diversas foram as teorias que se prestaram a isso, nos atendo neste estudo às abordagens que consideramos mais pertinentes à proposta inicial.

Norberto Bobbio (2014, p. 77-78), ao tratar da necessidade de coerência do Ordenamento Jurídico, identifica este como uma espécie de sistema, tomando a definição do termo por uma totalidade ordenada, ou seja, uma unidade sistemática em que os elementos estão em relação não apenas com o todo, mas também em coerência entre eles. Neste sentido, os elementos se inter-relacionam, devendo guardar entre si, além de unidade, coerência entre seus componentes.

É importante lembrar ainda que Bobbio (2014, p. 82-84) vislumbrou três acepções para a palavra sistema jurídico, podendo este ser identificado como: a) um sistema que se aproxima do dedutivo, no qual todas as normas derivadas de alguns princípios gerais; b) uma jurisprudência sistemática, por meio da qual se reúnem dados fornecidos pela experiência para fornecer conceitos generalíssimos que permitem unificar todo o aspecto material; c) o ordenamento jurídico é um sistema, pois nele não podem coexistir normas incompatíveis (as normas de um ordenamento devem possuir compatibilidade entre si e a ideia de sistema é exatamente a de exclusão das incompatibilidades).

Bobbio, assim como Hans Kelsen, se refere a sistemas estáticos e dinâmicos. Segundo Kelsen (2014, p. 217-219), sistema estático seria aquele em que as normas estão ligadas umas às outras, como proposições de um sistema dedutivo ao passo que sistema dinâmico seria aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras por meio de sucessivas delegações de poder. Com efeito, Kelsen (2014, p. 221) se refere a uma construção escalonada do ordenamento jurídico, segundo a qual as normas inferiores se justificariam e tirariam sua validade das normas superiores até se chegar à norma fundamental, que seria o termo unificador do sistema.

Para esses autores, os ordenamentos jurídicos seriam sistemas dinâmicos, ao passo que os ordenamentos morais teriam as características que se relacionam ao sistema estático.

Diante disso, observamos que, assim como as demais ciências, o Direito também foi abordado sob um viés sistemático, o que foi muito importante para essa área do conhecimento, vez que apenas a partir dessa sistematicidade foi possível uma abordagem científica: por meio dela, pôde-se ordenar o todo caótico de normas, produzido de forma assistemática pelo legislador, permitindo uma leitura coerente conforme as necessidades estabelecidas pela racionalidade intrínseca ao pensamento científico.

No entanto, é preciso lembrar que essas teorias germinais acerca do ordenamento jurídico foram realizadas com inspiração nos postulados

da física clássica, que se baseava em relações de causa e efeito e teve em Isaac Newton seu grande nome, prevendo que a natureza seria ditada por regras mecânicas precisas e infalíveis. Ocorre que, modernamente, com a teoria da relatividade, de Albert Einstein, e a consagração do princípio da incerteza, por Robert Eisberg, foram deixadas de lado as certezas para se trabalhar com probabilidades (MARTINS, 2010, p. 47-48).

Dadas essas mudanças, espalhadas tanto na análise de fenômenos sociais como na abordagem científica, a teoria jurídica passou por algumas reformulações, as quais investigamos abaixo.

1.3 SISTEMA JURÍDICO E PRINCÍPIOS

É importante lembrar que, com o advento da Segunda Guerra Mundial e as atrocidades perpetradas pelo regime nazista, estas consideradas juridicamente válidas segundo o Ordenamento Jurídico da Alemanha de então, a ciência do direito passou por um processo de revisão, em especial para superar a questão da validade meramente formal das leis. Afinal, bastaria que a lei seguisse todo o processo legislativo para que fosse válida?

Como sabemos, a resposta a esse questionamento tendeu a ser negativa na “pós-modernidade” (para o fenômeno jurídico, pode ser chamada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo), procurando os teóricos uma forma de produzir modos de substantivação do fenômeno jurídico sem a perda da segurança jurídica nem do rigor científico. Ou melhor, como fazer com que as leis cumpram a vontade do Ordenamento Jurídico também sob a perspectiva do sentimento de justiça?

Após algum amadurecimento teórico, uma das teorias mais consistentes desenvolvidas (e hoje mais consolidadas) foi a teoria dos princípios. Esse termo possui muitas acepções, sendo possível seccioná-lo em três fases, razão pela qual fazemos uma breve explanação: haveria uma fase inicial, na qual princípio se confundiria com os fundamentos de uma disciplina; uma segunda fase, na qual esses são vistos como elementos estruturantes do sistema normativo e uma terceira, na qual aos princípios é reconhecida a estrutura lógica de normas jurídicas, constituindo, ao lado das regras, espécie desse gênero, “expressões irreduzíveis de manifestação do deontico” (MARTINS, 2010, p. 13-29), ou seja, em suma, princípios são normas tanto quanto as regras. A primeira fase se encontra superada, mas a segunda e a terceira coexistem, fazendo-se necessário apenas que o intérprete identifique em qual sentido utiliza o signo naquele momento.

É importante lembrar que a noção de princípio jurídico desenvolvida na segunda fase foi amplamente difundida por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, que define o termo como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas” (2014, p. 144).

Tal conceito se relaciona com a Teoria Geral dos Sistemas, tal como lecionado por Ludwig von Bertalanffy (2008, p. 103-107), o qual observou que alguns elementos seriam mais importantes que outros, as chamadas “partes dirigentes”. Para efeito de sistemas jurídicos, identificam-se os princípios como tais. Os demais objetos do sistema orbitariam em torno deles, ao que se chama “centralização”. Neste diapasão, sendo o próprio sistema uma composição de elementos sob perspectiva unitária, a tendência é a de que o todo passe a ganhar as feições daquelas partes mais importantes, inclusive de forma autômata, num processo associado, chamado de mecanização progressiva. Sendo assim, qualquer alteração nas partes dirigentes importaria radical modificação no próprio sistema. Se são elas que dão a tônica ao todo, modificá-las ou subvertê-las é modificar ou subverter o todo.

No entanto, também sob uma perspectiva da terceira fase (princípios como normas jurídicas ao lado das regras), identificamos a centralização do sistema em torno desses elementos fundantes: para além de um elemento aglutinador, é possível afirmar que, agora, esses atuam na conformação do sistema de forma mais aguda.

Neste sentido, esclarece-se que princípios são normas de estrutura com dupla estrutura (ou estrutura dicotômica): incidirão tanto quando uma regra for editada (o editor da regra deverá efetuar uma ponderação de princípios nesse processo de criação) quanto quando as circunstâncias lhes atribuam determinado peso que imponha a edição de uma regra (MARTINS, 2010, p. 20).

Toda regra representa a concretização de um princípio. Essa concretização dialoga com o próprio princípio, no que consiste um “processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco” (CANOTILHO, 2000, p. 1.139), o que poderia ser afirmado da seguinte forma: “a regra é posta visando a concretizar um valor que, por sua vez, está positivado num princípio expresso ou implícito” (MARTINS, 2010, p. 18). Com efeito, o princípio restará esclarecido pelas suas concretizações e essas pela sua união com o princípio. Trata-se de um ciclo virtuoso, no qual o princípio inspira a regra, mas também a aplicação da regra se dá de forma a concretizar o princípio.

Os conceitos postos em questão são de extrema importância, pois “sem princípio não há sistema e sem sistema não há Ciência” (MARTINS, 2010, p. 25), de modo a se observar que a ideia de sistema permite não só a abordagem científica do direito, mas também a preservação da manutenção de suas características. Isso porque, se os elementos devem se replicar e se conformar à semelhança das partes dirigentes (princípios), o sentido desses se irradiará e impregnará todo aquele objeto: uma vez identificada uma norma em discordância, ela deverá ser conformada por meio de uma interpretação conforme ou, quando não isso não for possível, extirpada daquele Ordenamento por incompatibilidade material.

Assim, observamos que o direito acompanhou a teoria dos sistemas e identificou elementos que possibilitam a sua utilização, mantendo, assim, seu caráter científico, mesmo na pós-modernidade.

1.4 PERSPECTIVA SISTÊMICA DO DIREITO

É importante destacar que as concepções acima referenciadas tiveram grande importância para o desenvolvimento da ciência do direito. No entanto, dado o fato de estabelecerem sistemas fechados em si mesmos (com destaque para a concepção kelseniana), pouco explicavam acerca das interferências dos processos sociais no direito.

Podemos chamá-las de concepções sistemáticas do direito, em oposição às quais surgiu a perspectiva sistêmica, para a qual teve grande valia a teoria de Niklas Luhmann, que abandona a antiga oposição entre todo e parte, passando a tratar da clivagem entre sistema e ambiente (MELLO, 2006, p. 354), superando ainda a distinção entre sistemas abertos e fechados.

Neste sentido, a formação do sistema seria factual e autorreferencial, formando-se ele em oposição ao ambiente, operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, ou seja, apto a receber comunicações do ambiente ou de outros sistemas (irritações), as quais, todavia, internaliza de acordo com o seu próprio código (LUHMANN, 2016, p. 62). Em outras palavras, embora o sistema seja operacionalmente fechado, ele não se fecha na comunicação com os demais (LUHMANN, 2016, p. 46), recebendo estímulos daqueles, mas interpretando-os de acordo um código que lhe pertence. Sobre esse código, esclarece-se que cada sistema possui um código binário, competindo, no caso, ao direito, a oposição entre lícito e ilícito, de modo que, caso algo não possa ser analisado sob essa valência, não fará parte do sistema jurídico. Diante dessas características, é possível afirmar que o sistema possui autonomia em relação ao ambiente.

Ainda, Luhmann se valeu da doutrina dos biólogos chilenos Maturana e Varela para tratar da chamada autopoiese, em suma a capacidade que os sistemas possuem de produzir e de se reproduzir. Os sistemas seriam dotados, portanto, de autorreprodução autopoietica, fechamento operativo e autonomia (LUHMANN, 2016, p. 57).

Doutra ponto, merece destaque a doutrina de Gunther Teubner, que incorpora a ideia de reflexividade, explicando a tensão entre fatores internos e externos (MELLO, 2006, p. 354). Assim, por meio de uma perspectiva historicista, busca Teubner “estabelecer as condições da comunicação sistema/ambiente, no caso concreto da interação entre sistema jurídico e subsistemas social, político e econômico” (MELLO, 2006, p. 357). Nessa toada, por meio da incorporação da reflexividade à teoria de Luhmann, o autor explica a interação de fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na formação dos sistemas jurídicos (MELLO, 2006, p. 363).

1.5 FIXAÇÃO DE PREMISSE: ELEMENTOS ESSENCIAIS

Conforme observado acima, o conceito de sistema foi submetido a diversas abordagens ao longo da história, convindo, para fins didáticos, que esclareçamos qual perspectiva adotamos.

Neste sentido, pensamos não ser incompatível a concepção luhmanniana com aquela desenvolvida pelos cientistas do direito no neoconstitucionalismo: Luhmann se preocupa com uma abordagem sociológica, por meio da qual observa com competência a interação dos sistemas entre si e com o ambiente; por outro lado, pensamos ser possível, uma vez recepcionada a comunicação pelo Direito, a adoção da concepção sistemática nos processos decisórios para que se possa dizer se aquela mensagem corresponde a algo lícito ou ilícito.

Assim, defendemos a possibilidade da adoção de uma ideia de sistema autônomo, operativamente fechado e autopoietico, que se utilize dos paradigmas normativos (regras e princípios) no seu interior para a identificação do que é lícito e o que é ilícito. Neste diapasão, os princípios, reconhecidamente *normas jurídicas*, na sua função de centralização progressiva e mecanização seriam engrenagens aptas à orientação do processo de autopoiese: a capacidade de produção e reprodução se dará orientada pelo arcabouço principiológico depositado naquele sistema, ao mesmo tempo em que o fechamento normativo estará garantido, pois princípios são normas.

É importante notar que Luhmann estabelece a necessidade de o direito certificar a si mesmo por meio da positivação, razão pela qual tece críticas à utilização de valores nos sistemas jurídicos. No entanto, os princípios são elementos efetivamente juridicizados, ou seja, *normas jurídicas* situadas em plano distinto daqueles (princípios estão no plano deôntico ao passo que valores estão no plano axiológico), razão pela qual julgamos defensável um modelo que trabalhe com a sua utilização, o que tornaria possível a compatibilidade ora defendida.

Diante do exposto, a fim de fixar elementos essenciais à nossa concepção de sistema, consideramos ser imprescindível a dotação de fechamento operativo, autopoiese e autonomia a eles, o que não exclui peremptoriamente a abordagem sistemática dentro do seu próprio corpo para a obtenção do código (lícito ou ilícito), o que se dá por meio da análise de normas (regras e princípios) ordenadas coerentemente e sob lógica em determinado sentido.

2 SISTEMA E DIREITO ADMINISTRATIVO

Nos tópicos anteriores, vimos a evolução do conceito de sistema, assim como a adaptação deste às mudanças dos paradigmas científicos, fenômeno também acompanhado pelo Direito, firmando os pontos de importância, com destaque para a adoção da sistematicidade como pressuposto da cientificidade.

Para analisar de forma mais profunda a relevância da teoria dos sistemas para o Direito Administrativo, iniciaremos com um argumento a contrário: e se fosse negada sua sistematicidade? Quais seriam as consequências?

Primeiramente, para responder aos questionamentos, precisamos lembrar que o Direito Administrativo brasileiro é a disciplina que trata das regras e princípios inseridos naquilo que se convencionou chamar de “regime jurídico administrativo”. Esse regime consubstancia, em apertada síntese, o arcabouço normativo referente à organização, funcionamento e atuação da Administração Pública, seus órgãos e agentes.

Oportuno destacar que o Direito Administrativo se baseia na ideia de função, ou seja, na concepção de que o Poder Público age em nome e em benefício da coletividade, utilizando prerrogativas meramente instrumentais no limite estritamente necessário para a persecução do interesse público.

Não obstante, a atuação administrativa é muitas vezes marcada pela discricionariedade e, dada a falta de uma codificação, trata-se de disciplina desenvolvida a partir de leis esparsas, o que impõe a necessidade de uma linha orientadora, a fim de, por um lado, prevenir disfuncionalidades no exercício do poder e, por outro, garantir o correto funcionamento das instituições.

Acerca dessa perspectiva bifronte (prevenção de abusos e garantia de atuação pública conforme), trazemos abaixo argumentos de ordem dogmática e pragmática para, ao final, comprová-los por meio da análise do exercício da Advocacia de Estado.

2.1 ASPECTOS DOGMÁTICOS

Primeiramente, no que tange ao aspecto teórico-dogmático, lembramos que um dogma é aceito pacificamente no direito brasileiro: a supremacia da Constituição. Em razão disso, o intérprete não é livre para criar interpretações e normas do direito como um todo, haja vista que qualquer diploma deverá se submeter às regras e princípios estabelecidos no Texto Maior, o que fixa, já de início, um balizamento.

Ressalve-se que mesmo os métodos concretistas alemães, que, dão ênfase ao caso concreto na análise do Direito, utilizam o texto normativo como ponto de partida, mas também como ponto de chegada, um limite para a interpretação. Trata-se de exigência que advém do fenômeno constitucional em si: sem o condicionamento a uma ideia central, todo o plano originariamente estabelecido pelo constituinte restaria perdido, prejudicando-se, no limite, a própria rigidez e a supremacia constitucional.

Esse limitador encontra um agravante quando tratamos de Direito Administrativo, uma vez que não existe liberdade no seio da Administração Pública, mas, quando muito, discricionariedade. Nesta esteira, do mesmo modo que o administrador deve agir dentro das balizas estabelecidas pela lei, o legislador deve agir dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional, a partir de suas regras e princípios.

Neste sentido, se cada diploma editado tivesse lógica própria, destoante daquela estabelecida no plano originário, ao final teríamos diversos textos legais contrários ao quanto fixado pelas partes dirigentes, de modo que, ao final e ao cabo, o próprio sistema desapareceria, consumido de baixo para cima.

Sob uma perspectiva sistêmica, isso poderia gerar aquilo que se chama alopoiése, característica ínsita aos sistemas que não possuem capacidade de se reproduzir, os quais podem vir a sucumbir sob influências externas. Dessarte, sem o devido rigor na análise do fenômeno jurídico, existe a possibilidade de outros subsistemas (tais como a mídia, política ou economia) interferirem no direito administrativo, de modo a corrompê-lo, com a utilização de códigos da economia (ter/não ter) ou da política (poder/não poder) para dizer o que será lícito ou ilícito (SANTOS, 2018).

Assim, dentro de uma operação autopoietica, as partes dirigentes (princípios jurídicos) é que orientarão o processo de absorção da comunicação (seja incidindo diretamente, seja informando a produção de leis), garantindo, assim, a autorreprodução do sistema. Ressalvamos que essas influências externas até podem sugerir mudanças no direito (é o caso da mutação constitucional, por exemplo), o que seria garantido pela reflexividade defendida por Teubner, mas isso só poderá ocorrer sob o código que lhe próprio e, já internamente, de acordo com os parâmetros estabelecidos no texto constitucional para se identificar aquilo que é lícito e o que é ilícito.

Concluimos, portanto, como argumento de ordem dogmática, que a perspectiva sistemática é imprescindível para a manutenção da programação constitucionalmente esperada para o direito administrativo, o que se dá pela observância da lógica estabelecida nos seus princípios. Tal fato vem a garantir a supremacia da Constituição, e, sob uma ótica sistêmica, essa coerência se apresenta necessária para a manutenção da autonomia do sistema de direito administrativo frente às interferências externas, tratando-se, pois, de conceitos que se retroalimentam.

2.2 ASPECTOS PRAGMÁTICOS

Além do quanto acima exposto, é importante notar que o sistema administrativo está sujeito a constantes investidas a partir de outros sistemas, de modo que, sem uma lógica estabelecida (a coerência exigida pela teoria sistemática) e sem parâmetros decorrentes dessa lógica (regras e princípios), não haveria resposta correta a qualquer questionamento.

Lembramos que, conforme mencionado acima, a ciência hoje é caracterizada pela incerteza: a física newtoniana e seus pressupostos mecanicistas foram abalados pela teoria da relatividade e a consagração do princípio da incerteza (MARTINS, 2010, p. 47-48). E isso também afetou o direito, o que, se por um lado permitiu sua substantivação (por meio dos princípios), por outro, deixou os intérpretes carentes de parâmetros

num primeiro momento. E esses parâmetros só podem ser garantidos pela correta interpretação das normas a partir de um todo completo e coerente, direcionado a um fim, consagrado nos princípios.

Dito isso, apontamos que o primeiro problema decorrente desse fenômeno de abertura semântico-axiológica é que, à falta de sistematicidade, situações jurídicas semelhantes poderiam ser tratadas de formas diversas, gerando iniquidades e perda da segurança jurídica.

Doutra ponto, haja vista o próprio fenômeno de substantivação do direito e a sua valoração, existe o risco de que, sem o devido rigor, as instituições estatais passem a ser capturadas por influências de outros sistemas. Ou seja, além da questão teórica da perda da autonomia do direito administrativo, no plano prático, existe o risco de, à falta de rigor sistemático, as instituições passem a ser submetidas a programas distintos daquele estabelecido pelo plano constitucional, resumido na busca pelo interesse público.

2.2.1 AUTONOMIA DA ADVOCACIA DE ESTADO

A fim de testar a hipótese acima suscitada (relevância das perspectivas sistemática e sistêmica para o direito administrativo), vários são os exemplos de casos práticos que poderiam ser utilizados, tendo sido selecionada a problemática da autonomia da Advocacia de Estado neste artigo, dado o seu escopo.

Desenvolvida por Ulisses Schwarz Viana, a tese em questão reconhece inicialmente a premissa de Luhmann acerca do sistema social parcial da política, segundo a qual esse seria composto de estrutura tridimensional dividida entre Política (Politik), Administração Pública (öffentliche Verwaltung) e Público (Publikum) (2017, p. 15).

Doutra ponta, ressalta-se o fato de a Advocacia de Estado ter sido considerada pela Constituição da República de 1988 função essencial à justiça, constituída de um “corpo de juristas públicos, pelo que só podemos concluir que sua atuação é regida por código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2017, p. 18).

Desse modo, ainda que situada dentro da Administração Pública, por meio de uma abordagem sistêmica, é possível afirmar que a Advocacia de Estado se sujeitaria aos códigos típicos do *sistema jurídico* (lícito ou ilícito), o que acarreta importantes consequências práticas.

Com efeito, diante desse estabelecimento topográfico, forçoso notar que, não obstante se situe dentro do Poder Executivo (política), a Advocacia de Estado é órgão jurídico, de maneira que, eventualmente, caso a política a venha a enviar comunicação a ela, essa deverá ser reproduzida de acordo com os códigos próprios do sistema jurídico. Isso impõe que os órgãos de Advocacia Pública conduzam sua atuação sob uma perspectiva essencialmente jurídica (VIANA, 2017, p. 18), o que lhes confere, em termos lógicos, a devida autonomia.

Importante notar que a conexão entre sistemas se dará por meio de um “acoplamento estrutural” e, no caso, no ponto de toque entre política e direito, o acoplamento estrutural será a própria Constituição.

Assim, o órgão de Advocacia de Estado “não pode ser reduzida a mero instrumento de implementação burocrática do poder político, função a que não se presta o sistema jurídico e, por extensão, nenhuma de suas outras organizações (MP, juízes, Tribunais e advocacia em geral)” (VIANA, 2017, p. 20-21).

Possível verificar, portanto, um ponto de encontro entre as teorias sistemática e sistêmica do direito: uma vez atuando juridicamente, a Advocacia de Estado precisa ter a melhor compreensão do fenômeno jurídico, o que se dará por meio da teoria sistemática do direito, a fim de obter a decisão jurídica que mais se coadune com o arcabouço normativo do regime jurídico administrativo, razão pela qual necessita de autonomia no desempenho de suas funções, tratando-se, pois, de uma exigência de ordem lógica.

É comum vermos propostas serem apresentadas aos órgãos de Advocacia de Estado, desejadas pelos administradores, que as reputam “mais baratas” ou “mais eficientes”. Ocorre que podem se tratar, por exemplo, de medidas que violam o princípio da moralidade ou se prestem a escamotear os mecanismos de controle. Diante disso, no código jurídico, após análise de acordo com o arcabouço do regime jurídico administrativo, deverão ser consideradas inválidas, ainda que mais vantajosas sob um viés puramente econômico ou político.

Ressalvamos que não se trata da criação de órgãos de Advocacia de Estado fechados em si mesmos ou em oposição ao administrador. Trata-se, em verdade, da concepção de entidades que respeitem o código do sistema no qual inseridas, o que não lhes obstará de receber comunicações advindas da política e a elas ser sensíveis ou mesmo de influenciar a política (reflexividade).

O que se advoga, portanto, é o reconhecimento da autonomia necessária para analisar aquela comunicação sob o estrito parâmetro jurídico.

Desse modo, a Advocacia Pública possui autonomia em relação à política, pois restrita ao código do direito, devendo nortear a sua atuação pelas regras e princípios do direito administrativo, a fim de encontrar a solução juridicamente correta, salientando-se que qualquer influência política só será recepcionada caso possa ser submetida ao código jurídico.

3 CONCLUSÃO

Conforme verificamos no presente artigo, a ideia de sistema foi consagrada não só no Direito, mas nos demais ramos da ciência como pressuposto para a análise científica dos fenômenos observados. Em paralelo aos demais ramos científicos, essa teoria se desenvolveu na ciência jurídica, absorvendo, também, os impactos observados pelos outros ramos, em especial a evolução da física clássica à física moderna.

Desse modo, a teoria se adaptou ao pós-guerra e possibilitou aos intérpretes uma substantivação das normas jurídicas a partir dos princípios.

No entanto, observam-se na atualidade algumas vezes que questionam a utilidade da teoria dos sistemas ao direito e, em especial, ao Direito Administrativo.

Conforme demonstrado, todavia, sem a fixação de parâmetros e sem o respeito a uma lógica, o próprio Direito Administrativo como ramo viria a desaparecer (alopoiése), sucumbindo aos elementos dotados de lógica ofensiva a suas partes dirigentes, inadvertidamente incluídos no regime jurídico administrativo.

Isso levaria não só a uma situação de grave insegurança jurídica, haja vista a total liberdade de atuação dos agentes, mas também à subversão dessa disciplina: de disciplina de controle da utilização do poder a instrumento utilizado com o fito de mascarar os abusos de poder.

Doutra ponta, por meio da análise da doutrina de Luhmann, foi possível identificar o direito como um sistema autopoietico, dotado de fechamento operativo e autonomia, o que ganha efeitos práticos no direito administrativo, comprovado por meio da verificação dos órgãos de Advocacia de Estado como órgãos de código jurídico, o que lhes garante autonomia frente a comunicações de ordem política ou econômica, por exemplo.

Diante disso, defendemos não só a utilidade, mas a imprescindibilidade da utilização da teoria dos sistemas para uma correta compreensão do Direito Administrativo e de seus institutos, vez que, à falta de uma sistematicidade, esse perderia seu caráter científico, possibilitando interpretações não condizentes com o texto constitucional, além de franquear que o funcionamento de seus órgãos seja permeado por códigos distintos daqueles ínsitos ao direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ATALIBA, Gerado. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio: *O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217-219.

KELLER, Albert. *Teoria Geral do Conhecimento*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Loyola, 2009.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e Estrutura no Direito*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINELLI, Dante Pinheiro; VENTURA, Carla Aparecida Arena; LIBONI, Lara Bartocci; MARTINS, Talita Mauad (Org.). *Teoria Geral dos Sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Teoria Jurídica da Liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. Universidade de São Paulo, v. 18, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/994>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Abílio Osmar. Breve apontamento da teoria de sistema de Niklas Luhmann: destruição do direito pela corrupção sistêmica da mídia na sociedade brasileira. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 173, jun. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/filosofia/breve-apontamento-da-teoria-de-sistema-de-niklas-luhmann-destruicao-do-direito-pela-corrupcao-sistemica-da-midia-na-sociedade-brasileira/>>. Acesso em: 02 maio 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-28, jan./jun. 2017.

VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, Desenvolvimento e Aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

RECEBIDO EM: 18/01/2019

APROVADO EM: 09/04/2019

**ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS
CONTROVERSOS RELACIONADOS AO
BENEFÍCIO ESPECIAL PREVISTO NA LEI
Nº 12.618/2012**

***ANALYSIS OF THE LEGAL ASPECTS OF DISPUTES
RELATED TO THE SPECIAL BENEFIT PROVIDED IN LAW
Nº 12.618/2012***

Igor Lins da Rocha Lourenço
Pós-graduado em Direito Público. Procurador Federal

SUMÁRIO Introdução; 1. Do Benefício Especial previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012; 1.1. Da Natureza Jurídica; 1.2. Da Segurança Jurídica; 1.3. Do Cálculo de Benefício Especial; 2. Conclusão; 3. Referências.

RESUMO: A Lei nº 12.618/2012 instituiu o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais, permitindo que aqueles já estavam no serviço público realizassem, mediante opção irretratável e irrevogável, a escolha pelo novo regime previdenciário. Para estes servidores, a lei previu o pagamento de um benefício especial, sob um conjunto de regras estabelecidas em seu texto. Este estudo visa analisar a principais implicações desta alteração de regime e os aspectos mais sensíveis e controversos do benefício especial, a fim de viabilizar uma melhor compreensão do tema e subsidiar os servidores públicos envolvidos, assim como os demais juristas dedicados ao tema. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de elucidar questões essenciais relacionadas ao Benefício Especial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Regime de Previdência Complementar. Lei nº 12.618/2012. Benefício Especial. Aspectos Controversos.

ABSTRACT: Law nº 12.618/2012 established the Supplementary Pension Scheme for federal civil servants, allowing those who were already in the public service to perform, through an irreversible and irrevocable option, the choice of the new social security regime. For these servants, the law provided for the payment of a special benefit, under a set of rules established in its text. This study aims at analyzing the main implications of this regime change and the more sensitive and controversial aspects of the special benefit, in order to make possible a better understanding of the subject and to subsidize the public servants involved, as well as other jurists dedicated to the topic. To this end, doctrinal and jurisprudential positions on the subject are addressed in order to elucidate essential issues related to the Special Benefit.

KEYWORDS: Administrative Law. Complementary Pension Scheme. Law nº 12.618/2012. Special Benefit. Controversial Aspects.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar os aspectos jurídicos relacionados ao benefício especial previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, com vistas às perspectivas polêmicas e que geram mais dúvidas aos servidores públicos federais.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de elucidar questões essenciais relacionadas ao Benefício Especial.

A União, através da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos da União e fixou o teto do Regime Geral de Previdência Social (doravante “teto do RGPS” ou simplesmente “teto”) para a concessão de aposentadorias e pensões por seu Regime Próprio de Previdência Social (doravante “RPPS” ou “regime próprio”).

Ao instituir o Regime de Previdência Complementar previsto no art. 40, §§ 14, 15 e 16 da CF, a Lei 12.618/2012, portanto, inaugurou o novo modelo previdenciário para os servidores ingressos no serviço público após 04.02.2013¹ e facultou – conforme previsto no texto constitucional – àqueles servidores que já exerciam cargos públicos efetivos a opção pela alteração do regime previdenciário.

Outrossim, o art. 3º da Lei nº 12.618/2012 previu a aplicabilidade do limite máximo às aposentadorias e pensões pagas pelo RPPS o valor do teto do RGPS, estabelecendo o pagamento de um benefício especial para aqueles servidores públicos que, mesmo ingressos no serviço público antes da vigência do RPC, realizassem a opção prevista no §16 do art. 40 da Constituição Federal com edição de suas regras. Tratar-se-á deste tema em tópico específico.

Este complexo de regras, pode-se dizer, é o berço das diversas dúvidas dos servidores públicos federais, coletadas e sintetizadas no presente artigo.

Num primeiro momento, busca-se identificar a verdadeira natureza jurídica do benefício especial, avaliando as diversas possibilidades e concluindo-se pela natureza cível compensatória.

1 Data de publicação no DOU da Portaria MPS/PREVIC/DITEC nº 44, de 31 de janeiro de 2013, que aprovou o Regulamento do Plano Executivo Federal, administrado pela Funpresp-Exe.

Em seguida, aprofunda-se a pesquisa quanto à segurança jurídica da alteração do regime previdenciário promovida pelos servidores públicos federais, sendo necessário analisar as características do negócio jurídico a ser firmado e suas consequências jurídicas.

Por fim, destrincha-se as principais nuances relacionadas à forma de cálculo do benefício especial, seu detalhamento e a fixação de parâmetros dúbios ou omissos para a devida adequação ao ordenamento jurídico pátrio.

A fim de elucidar as principais dúvidas sobre o tema, adota-se uma abordagem qualitativa e explicativa, de modo a se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

1 DO BENEFÍCIO ESPECIAL PREVISTO NO ART. 3º DA LEI Nº 12.618/12

1.1 DA NATUREZA JURÍDICA

Ao se analisar o citado art. 3º, da Lei nº 12.618/12, o primeiro questionamento que exsurge é sobre qual a natureza desse benefício e suas repercussões. Seria um benefício previdenciário ou teria natureza civil?

Talvez, em análise apressada, a primeira impressão, estando encartado em lei que versa sobre regime previdenciário, seria de que se trata de benefício previdenciário.

Porém, para se alcançar a devida compreensão sobre o tema, deve-se aprofundar os estudos sobre a própria Previdência Social, seus benefícios, características e princípios.

Em síntese, pode-se definir a Previdência Social como espécie *sui generis* de seguro público que tem como função/objetivo garantir que as fontes de renda do trabalhador e de sua família sejam mantidas diante da perda da capacidade laboral, temporária (doença, acidente, maternidade) ou definitiva (morte, invalidez, velhice), através do pagamento de benefício específico (prestação) para cada tipo de evento.

A Previdência Social, como se sabe, comporta dois regimes básicos: o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, voltado para os profissionais de ordem geral; e os Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS, voltados aos servidores públicos titulares de cargos públicos efetivos e militares. Em paralelo, existe o Regime de Previdência Complementar – RPC.

A natureza jurídica dos regimes previdenciários não é contratual, mas sim, institucional ou estatutária, na medida em que o Estado, por meio de lei – utilizando o Poder de Império – impõe as regras de vinculação (obrigatória) ao sistema, assim como, os requisitos mínimos para a fruição de suas prestações.

As prestações previdenciárias, comumente chamadas de *benefícios previdenciários*, pois, constituem o resultado da intervenção estatal para proteção dos chamados riscos ou necessidades² sociais. Ou seja, constituiria a formalização da cobertura securitária dos sinistros.

Assim, os benefícios previdenciários podem ser conceituados como o resultado da prestação protetiva dos Estados para a cobertura de eventos sociais previamente concebidos.

A Previdência Social, portanto, é constituída de um conjunto de normas, regras e princípios que estabelece a aplicação, vigência, natureza e requisitos dos bens juridicamente tutelados e das respectivas prestações estatais.

Então, *a primeira conclusão que se pode apontar é que um benefício, para ter natureza previdenciária, deve ser oriundo desse sistema e objetivar a proteção de riscos sociais previamente estabelecidos.*

Aprofundando um pouco mais, vê-se que tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto os Regimes Próprios da Previdência Social possuem regras, conceitos, requisitos e institutos específicos.

Logo, e focando no RPPS da União em virtude do escopo do artigo, tem-se que estas regras básicas constituem os vieses de sustentação do próprio sistema, onde estão estabelecidas as regras de contribuição, de vinculação, de carência, de concessão, dentre outras.

As principais regras de funcionamento do RPPS estão previstas no art. 40 da Constituição Federal, o qual já foi alterado por emendas constitucionais (20/98,41/03 e 47/05).

De acordo com o texto constitucional, percebe-se que o servidor público possui três formas de aposentadorias, quais sejam: por invalidez,

² Grandes doutrinadores adotam a expressão necessidades sociais especialmente diante do benefício salário-maternidade, que acoberta o período inicial da maternidade, o qual não poderia ser conceitualmente designado “risco”.

compulsória ou voluntária. Além desses benefícios, tem-se a previsão de pagamento de pensão em função do falecimento do servidor público a algum dependente legalmente habilitado, se houver.

Para além desses benefícios, leis infraconstitucionais previram outras espécies de prestações para a cobertura de diversos riscos sociais, como doença, maternidade ou reclusão, dentre as quais a Lei nº 8.112/91 encontra grande destaque.

É de se observar que os Regimes Próprios de Previdência Social não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, salvo disposição em contrário da Constituição Federal, ficando restritos àqueles previstos na Lei nº 8.213/91. Esta informação está expressamente estabelecida no art. 5º, da Lei nº 9.717/98, *in verbis*³:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal *não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.* (grifo nosso)

Portanto, parece forçoso concluir que o rol de benefícios previdenciários pagos nos RGPS e RPPS é taxativo, o que significa que nenhum outro benefício poderá ser pago, a título previdenciário, além daqueles previstos nas leis e na Constituição Federal.

Esta, pois, é a segunda conclusão obtida até o momento.

Seguindo o estudo, vê-se que a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 40, um complexo de regras previdenciárias para a concessão dos respectivos benefícios. Então, indicou critérios e requisitos para concessão, contribuição, limites remuneratórios e gozo de benefícios.

Ou seja, a própria Constituição Federal estabeleceu regras de elegibilidade, de carência, de vinculação obrigatória, de reajustes, de vedações e de concessões, além das especificidades, constituindo o verdadeiro arcabouço normativo e principiológico do regime jurídico previdenciário dos servidores públicos.

3 Neste mesmo sentido, o art. 25 do Decreto nº 3.048/99 – que regulamenta o Regime Geral de Previdência Social – estabelece o rol taxativo dos benefícios previdenciários.

Retornando um pouco no conceito de Previdência Social, a proteção previdenciária tem por escopo a cobertura de determinados riscos sociais eleitos pelo legislador como relevantes, de modo a merecer atenção do Estado.

Nesse sentido, tem-se que, para cada risco social eleito (doença, invalidez, morte, redução da capacidade laboral, proteção à maternidade, idade avançada), há uma prestação previdenciária correspondente, destinada à cobertura da situação que, implicando em afastamento do segurado de atividade laboral, lhe garanta a sobrevivência ou o amparo a seus dependentes.

Daí a instituição dos diversos benefícios, cada um tendo como pressuposto um evento específico, de modo que, por princípio, cada situação de risco corresponderia a um único benefício, uma vez que a concessão de mais de um benefício para a mesma situação é contrária à lógica da proteção previdenciária, com sérios riscos à sustentabilidade financeira e atuarial do sistema.

Vê-se, pois, que para cada espécie de “risco existe uma cobertura específica. Para a sobrevivência ou invalidez permanente, há a aposentaria; para a morte, a pensão; para a reclusão, o auxílio, etc.

Têm-se claro, pois, que, para cada evento social previamente identificado, haverá exclusivamente um único benefício para cobertura, oriundo do mesmo vínculo previdenciário.

É o que a doutrina mais especializada costuma identificar como (sub)princípio da unicidade, pelo qual é vedado a concessão de mais de um benefício, oriundo do mesmo vínculo previdenciário, para proteger o mesmo bem jurídico tutelado. Em outras palavras, não é permitido o pagamento de mais de um benefício para cobertura de um único risco social, advindo do mesmo vínculo previdenciário⁴.

Nas palavras do douto professor Wladimir Novas Martinez⁵:

4 Não é simplesmente a vedação de cumulação de benefícios, o que é possível em determinados casos. Mas sim, a proibição de, a partir do mesmo vínculo previdenciário, se pagar mais de um benefício em virtude do único evento social. Não se confunde, portanto, com acumulação de aposentadoria e pensão por morte, por exemplo, que exurgem de proteção sociais distintas: uma, protege a sobrevivência, a outra, o dependente, em virtude do falecimento do titular. Da mesma maneira, não se confunde com a acumulação de aposentadoria de dois regimes diferentes que, por óbvio, não são oriundos do mesmo vínculo previdenciário.

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 172/173.

A relação previdenciária é ‘intuito personae’. Logo, esse vínculo é único e, como consequência, o benefício substituidor deve ser apenas um. Daí a regra da inacumulabilidade de prestações.

Esta conclusão é válida dentro de um sistema, devendo-se cogitar de estendê-la à multiplicidade de regimes, isto é, adotá-la em um sistema verdadeiramente nacional.

Quem exerce duas ou mais atividades sujeitas ao RGPS tem direito a apenas um benefício, operando-se o cálculo com base nas diferentes contribuições. Porém, se a pluralidade de atividades se refere a dois ou mais regimes distintos, é preciso considerar a possibilidade de pôr à disposição das pessoas tantos benefícios quantos regimes existentes. Certamente, as situações de fato são distorções do regime político, econômico e laboral e devem ser combatidas.

Por outro lado, é fácil perceber do texto constitucional que, cada um dos benefícios lá previstos (aposentadorias e pensão por morte) possuem requisitos para carência, elegibilidade, contribuição, concessão e beneficiários próprios, os quais formalizam um grupo de atributos necessários para sua subsunção à norma.

Feitas estas considerações, impende analisar o chamado Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/12, e suas especificidades.

Desta forma, o §5º do art. 3º, da citada Lei, prevê expressamente que:

O benefício especial será pago pelo órgão competente da União, por ocasião da concessão de aposentadoria, inclusive por invalidez, ou pensão por morte pelo regime próprio de previdência da União, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, enquanto perdurar o benefício pago por esse regime, inclusive junto com a gratificação natalina. (grifo nosso)

O texto legal estabelece claramente que o Benefício Especial será pago pela União POR OCASIÃO da concessão de aposentadoria ou de pensão por morte pelo Regime Próprio de Previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal.

Parece óbvio que, ao prever que o Benefício será pago quando da concessão de benefícios previdenciários específicos (aposentadorias e pensões previstas no art. 40, da CF), a lei estabelece um claro *distinguish* entre eles. *Ou seja, a lei demonstra que aquele benefício não se confunde com os benefícios previdenciários, sendo estes, na verdade, seus fatos geradores.*

Além disso, o mesmo parágrafo legal determina ainda que o Benefício Especial será pago pela União, quando da concessão de benefício específico do regime próprio. Aqui, há mais uma sinalização da distinção entre a natureza previdenciária – própria dos benefícios previsto no art. 40 da CF – e a natureza jurídica prevista para o Benefício Especial.

É consabido que, na União, o RPPS é atualmente administrado por órgão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em regime de repartição simples, porém, nada impede que a União, assim como já acontece em alguns Estados e Municípios, transfira a uma autarquia, por exemplo, a gestão do regime.

Parece claro, contudo, que há impedimento legal em se imputar ao RPPS da União a responsabilidade pelo custeio do Benefício Especial, em razão, especialmente, das restrições contidas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 9.717/98, transcrito abaixo:

Art. 1º

.....

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo e inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais;

O citado diploma prevê, expressamente, que os recursos previdenciários somente poderão ser empregados para o pagamento de benefícios previdenciários do respectivo regime. Isto, aliados ao citado art. 5º da mesma Lei – o qual veda o pagamento de benefícios distintos dos previstos no RGPS – parece conclusivo.

Esclarecedora, assim, a distinção expressa em lei no sentido de que o Benefício Especial será pago pela União, e não pelo Regime Próprio de Previdência Social, o que corrobora o argumento de não se tratar, portanto, de benefício previdenciário.

Há mais, porém. Ainda na análise gramatical do texto legal, percebe-se que, ao se referir aos benefícios previdenciários (aposentadoria e pensão), a lei

se vale da expressão “*CONCESSÃO*”, transparecendo nítida a necessidade de preenchimento de requisitos e condições estabelecidas em lei ou na Constituição Federal. Enquanto isso, no momento em que se refere ao Benefício Especial, a mesma lei se utiliza da expressão “*SERÁ PAGO*”, o que demonstra apenas a necessidade de adimplemento de obrigação civil típica.

Diante de mais esta distinção, aumentam os argumentos no sentido de não possuir natureza previdenciária, tendo em vista que a lei não criou quaisquer requisitos para o pagamento do Benefício Especial, apenas a concessão, pelo RPPS, de aposentadoria ou pensão.

Isto é, a concessão de aposentadoria ou pensão pelo RPPS da União é o único fato gerador para o pagamento do “benefício” pela União, sendo nítida a distinção entre as suas naturezas. Resta, pois, analisar qual o bem jurídico ou risco social seria tutelado pelo Benefício Especial.

Bom, parece óbvio que o Benefício Especial não pretende acobertar ou proteger os riscos sociais da sobrevida (velhice) ou da morte, tendo em vista que, em relação a estes, os servidores públicos já farão jus à aposentadoria ou pensão.

Assim, o bem jurídico a que se presta tutelar o Benefício Especial está relacionado aos direitos privados de patrimônio, encabeçado pela vedação do enriquecimento sem causa por parte do Estado, e não propriamente a um risco social. Bem ou mal, a aposentadoria ou pensão por morte concedidas pelo RPPS da União farão frente à essas proteções.

Não fosse tudo isso suficiente, analisando o processo de elaboração da Lei nº 12.618/2012 – a qual estabeleceu o pagamento do benefício especial, como visto – através da tramitação do PL nº 1.992/2007 –, tem-se que o citado projeto recebeu mais de 150 emendas, dentre as quais se destaca a Emenda nº 20/2007 CTASP, de autoria da então Deputada Andrea Zito, que expressamente equiparava o benefício especial aos proventos a que o servidor teria direito no regime que se encontrava.

O Parecer aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, datado de 27.06.2011, de relatoria do Deputado Silvio Costa, rejeitou a citada proposta, afirmando que o benefício especial se prestava a compensar o servidor público⁶. Transcrevo *ipsis litteris* no que importa:

6 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&file_name=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007.

A proposta de equiparar o benefício especial aos proventos que seriam devidos ao servidor pelo regime próprio de previdência, até o limite dos benefícios do RGPS, é evidentemente equivocada. O benefício especial se destina a compensar o servidor pela supressão da parcela dos proventos excedente ao apontado limite, posto que, até tal valor, o benefício do RGPS seria integralmente preservado. Forçoso, portanto, rejeitar essa proposta, consubstanciada na Emenda nº 20.⁷ (grifo nosso)

Nesta hipótese, a chamada *mens legislatoris*⁸ resta clara e expressa no sentido de que este benefício especial foi criado com natureza distinta dos demais benefícios previdenciários a que o servidor público detinha direito antes de realização da opção de regime previdenciário, não sendo permitido ao interprete elucubrar sobre outras possibilidades, especialmente quando corroboradas pelas demais razões já expostas.

Ou seja, o legislador rechaçou expressamente qualquer tentativa de afastar sua natureza compensatória em relação aos valores contribuídos sob um patamar superior ao que seria devido, em virtude da limitação de suas rendas previdenciárias de aposentadoria e pensão por morte ao teto do RGPS.

Destarte, firme nos argumentos supramencionados, resta forçoso concluir que o Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/12, *não possui natureza previdenciária, mas sim compensatória.*

Em suma, o Benefício Especial corresponde a uma compensação pelas contribuições vertidas ao Regime Próprio de Previdência Social pelo servidor público, no período anterior a alteração do regime previdenciário (opção prevista no art. 40, §16, da CF), em função de contribuições realizadas sob um patamar superior à proteção que será disponibilizada quando da ocorrência dos riscos sociais tutelados.

Portanto, possui nítida natureza obrigacional civil (compensatória), que visa recompor o patrimônio do servidor público (bem jurídico tutelado) em função de contribuições realizadas em patamar superior ao necessário, tendo em vista o limite legal dos benefícios concedidos pelo sistema (vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado).

Se fosse possível um paralelo ao modelo securitário tradicional, seria uma forma de compensar o valor do prêmio pago a maior pelo servidor em

7 P. 28 do Parecer.

8 Expressão que, em língua portuguesa, significa o pensamento, a vontade, a intenção do legislador.

relação à cobertura, que, por força de alteração de regime, está limitada ao valor do teto do RGPS.

Por fim, reitere-se que a única exigência para o pagamento do Benefício Especial é a concessão, pelo Regime Próprio da União, dos benefícios de aposentadorias ou pensão, o que se justifica porque, diante das regras constitucionais em vigor, apenas farão jus à citada compensação aqueles que ultimarem sua vida laborativa vinculados à Administração Pública.

Isto porque a regra previdenciária vigente, antes da alteração de regime, já seguia este rito, na medida em que o servidor apenas faria jus a qualquer contrapartida do RPPS, independentemente do tempo e valor de contribuição, caso ultimasse sua vida laborativa vinculado à Administração Pública.

A lei, portanto, apenas manteve o mesmo tratamento do regime anterior para aqueles que optaram pela migração de regime, limitando o valor de suas aposentadorias e pensões ao valor do teto do RGPS, e fazendo jus à compensação pelos valores contribuídos anteriormente sob a base de cálculo superior, desde que se mantendo sua vinculação ao regime até o final.

1.2 DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como explicitado, aos servidores públicos que entraram antes da instituição do regime de previdência complementar no âmbito da União – em 04.02.2013 – é facultado exercer a opção prevista no art. 40, §16, da Constituição Federal, a qual resultará na limitação dos valores das aposentadorias e das pensões pagas pelo RPPS ao teto dos valores pagos no RGPS.

Para tanto, a Lei nº 12.618/2012 – que instituiu o regime de previdência complementar – previu o pagamento, para os servidores que exerçam a opção constitucional – do Benefício Especial como forma de compensar/ressarcir, como visto acima, pelas contribuições vertidas a maior para o Regime.

Nada obstante, surgem dúvidas relacionadas à segurança jurídica desta migração de regime previdenciário e às possibilidades das alterações das regras advindas da citada Lei.

Como visto, a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, a qual autorizou a instituição do chamado

Regime de Previdência Complementar, exigiu no art. 40, §16, da Carta Constitucional, que todos aqueles já ingressos no serviço público até o ato de instituição do novo regime apenas teriam suas aposentadorias e pensões limitadas ao teto do RGPS mediante sua prévia e expressa opção.

Ou seja, a Constituição Federal facultou a este grupo de servidores a possibilidade de alterar ou não seu regime previdenciário.

Por sua vez, a mesma Lei nº 12.618/2012 previu a mesma condição (art. 1º, §1º), acrescentando que, caso realizada a opção, a mesma se tornaria irretratável e irrevogável (art. 3º, §8º).

Em compensação, o art. 3º estabeleceu o pagamento de benefício especial, proporcional às contribuições vertidas ao RPPS em patamar superior ao teto do RGPS.

Nada disso parece novo, porém, qual tipo de relação é firmado entre o servidor público e a Administração e quais as garantias extraídas desta relação?

De início, ao prever este conjunto de regras, a lei parece estabelecer uma espécie de transação ou algo de natureza contratual, na medida em que delimita obrigações e direitos mútuos, mediante regras e condições próprias.

Nessa toada, precisa-se, então, analisar se a migração de regime previdenciário constitui espécie de contrato administrativo.

Filho-me à doutrina que reconhece na expressão “Contratos Administrativos” um gênero, de onde se extrai diversas espécies⁹. Neste sentido, é possível identificar, dentro deste gênero, os acordos de vontade Administração (convênios públicos, termos de parceria, acordos de leniência, etc.), os contratos administrativos próprios (contratos de delegação, de colaboração, etc.) e os contratos de direito privado realizados pela Administração Pública.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, traz uma definição de contratos administrativos em sentido amplo, estabelecendo que se considera contrato *“todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301.

Portanto, para a caracterização de contrato, para os fins da lei, são necessárias as presenças de todos estes requisitos: ajustes entre a Administração Pública e particulares, acordo de vontades, estipulação de obrigações recíprocas e irrelevância da denominação utilizada.

Cotejando estas informações com a Lei nº 12.618/2012, a qual – como visto – instituiu o RPC na União e previu aos servidores públicos federais, já ingressos no serviço público antes dessa vigência, o pagamento de benefício especial pela União quando da concessão de aposentadorias ou pensão por morte no RPPS, parece fácil chegar à conclusão de que a opção de alteração (migração) de regime previdenciário constitui contrato administrativo (em sentido amplo), na medida em que detém todos os requisitos necessários exigidos em lei. Vejamos:

Ajustes entre Administração Pública e particulares – o Estado, através da lei, oferta, faculta, a determinado grupo de servidores públicos (particulares) a alteração de regime previdenciário, mediante o pagamento de benefício adicional (benefício especial) em troca da limitação do valor devido à título de aposentadorias e pensões;

Acordo de vontades - o próprio Estado oferece a possibilidade de alteração de regime, mediante a ocorrência de ato formal, prévio, expresso, irretratável e irrevogável.

Estipulação de obrigações recíprocas – por um lado, a obrigatoriedade de ultimateção da vida laboral vinculado à Administração Pública e limitação do valor dos benefícios previdenciários; por outro, em contrapartida, o pagamento de benefício adicional mediante um conjunto de regras próprias, de conhecimento prévio, que influencia diretamente na confluência das vontades.

Irrelevância da denominação utilizada – migração, alteração, opção, benefício especial, etc. Tudo isso não é relevante para a caracterização do contrato administrativo.

O ilustre doutrinador Marçal Justen Filho prefere definir contrato administrativo, em sentido amplo, como *“o acordo de vontades destinados a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”*¹⁰.

10 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 302.

Em suma, a aceitação da opção prevista pela Constituição Federal e pela Lei nº 12.618/2012, consubstanciada no termo formal de migração, tem nítido caráter contratual (*sui generis*) entre o servidor público e o Estado (Administração Pública), abarcando todos os requisitos legais para a caracterização de contrato administrativo em sentido amplo.

Neste mesmo sentido, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, em recente Parecer Jurídico¹¹, reafirmou a natureza contratual do termo de migração, nos seguintes termos:

Assim, como existem regras expressamente dispostas em lei sobre o assunto, não há como negar que o termo de migração caracteriza-se por uma forma de contrato de adesão (*sui generis*) entre a Administração Pública e o segurado. Fala-se natureza *sui generis*, pois, não se está propriamente firmando um contrato ou acordo com a Administração, mas simplesmente aderindo a um determinado plano de benefícios previdenciários, mediante opção expressa do servidor. Ou seja, uma vez identificada a liberalidade do servidor em aderir ao plano, constata-se a existência de um negócio jurídico que por tudo se assemelha a um contrato de natureza administrativa decorrente de uma relação jurídica previdenciária.

É desse caráter negocial, contratual, que se extraem as obrigações e direitos sinalagmáticos oriundos da alteração de regime previdenciário, através da efetivação da opção constitucional (art. 40, §16). *De um lado, a redução do valor máximo para aposentadoria e pensão; de outro, a necessidade de pagamento compensatório pelos valores vertidos a maior anteriormente.*

Assim, o instrumento utilizado para efetivar a opção de alteração constitucional, consubstanciado em um termo, se reveste dos efeitos de ato jurídico perfeito, na medida em que, realizada a opção, a mesma se torna irrevogável e irretratável por força de lei.

Portanto, ao homologar a opção constitucional, são transferidos ao patrimônio jurídico do servidor público os direitos e as obrigações previstos em lei, sob os quais se fundou a decisão pessoal de alteração de regime previdenciário, incluídas, por óbvio, as regras de cálculo estabelecidas no art. 3º, da Lei nº 12.618/2012, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido.

11 Parecer Jurídico da lavra do Advogado e Consultor Jurídico Gilson Dipp, em resposta à consulta formulada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO, datado de 21 de fevereiro de 2018.

É sempre bom lembrar que a Carta Magna, assim como previsto na Lei de Introdução às Normas Brasileiras, instituiu a impossibilidade de lei posterior prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Ou seja, não é possível que eventual alteração legal realizada neste conjunto de direitos e obrigações estabelecidos entre Administração Pública e servidor, por força do exercício da opção constitucional e mediante a aceitação de regras previamente conhecidas, tenha impactos prejudiciais àquele grupo que já exerceu sua opção.

Isto porque o princípio geral que rege o sistema jurídico brasileiro, em relação à aplicabilidade da lei no tempo, é o da irretroatividade normativa, indicando que lei nova produz efeitos aos fatos pendentes e futuros na data de sua vigência. Ou seja, a regra geral é no sentido de que as normas não devem emanar efeitos aos fatos pretéritos.

Nada obstante, a doutrina reconhece que a irretroatividade não é absoluta, podendo-se extrair efeitos a fatos pretéritos. Daí é que exsurge parte da insegurança de alguns servidores públicos.

Por outro lado, a mesma doutrina apenas admite a retroatividade da lei desde que, cumulativamente, exista expressa disposição na norma e tais efeitos não atinjam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

O art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – acompanhando o que a própria Constituição Federal institui em seu art. 5º, inciso XXXVI, alicerça este entendimento, prevendo, expressamente, que as normas em vigor possuem efeitos imediatos e gerais, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Neste sentido, o professor Flávio Tartuce sintetiza bem a posição da doutrina moderna, sendo oportuna a transcrição de trecho de sua obra¹²:

A norma jurídica é criada para valer ao futuro, não ao passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos, desde que sejam respeitados os parâmetros que constam da Lei de Introdução e da Constituição Federal. Em síntese, ordinariamente, a irretroatividade é a regra, e a retroatividade,

12 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 36.

a exceção. Para que a retroatividade seja possível, como primeiro requisito, deve estar prevista em lei.

Valendo para o futuro ou para o passado, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica, determina o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A norma constitui outro requisito para a retroatividade.

O art. 6.º da Lei de Introdução, além de trazer regra semelhante pela qual “a lei nova terá efeito imediato e geral respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, procura conceituar as categorias acima, da seguinte forma:

Direito adquirido: é o direito material ou imaterial incorporado no patrimônio de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado. Pela previsão do § 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução, “*consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ela, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha tempo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*”. Como exemplo pode ser citado um benefício previdenciário desfrutado por alguém.

Ato jurídico perfeito: é a manifestação de vontade lícita, emanada por quem esteja em livre disposição, e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6.º, § 1.º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Exemplo: um contrato anterior já celebrado e que esteja gerando efeitos.

Cosa julgada: é a decisão judicial prolatada, da qual não cabe mais recurso (art. 6.º, § 3.º, Lei de Introdução).” (Grifo nosso)

Corroborando esta conclusão, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em sua clássica obra, intitulada *Direito Civil Brasileiro*¹³, consigna:

Na doutrina, diz-se que é justa a retroatividade quando não se depara, na sua aplicação, qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada; e injusta, quando ocorre tal ofensa. A retroatividade pode ser máxima, média e mínima. A primeira atinge o direito adquirido e afeta os negócios jurídicos perfeitos; a segunda faz

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume I: parte geral*. 6. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

com que a lei nova alcance os fatos pendentes, os direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular; a terceira se confunde com o efeito imediato da lei e sujeita à lei na vigência da lei anterior. Todas essas situações são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menor, a direitos individuais.¹⁴

E conclui:

Pode-se resumidamente dizer que o sistema jurídico brasileiro contém as seguintes regras sobre a matéria: a) são de ordem constitucional os princípios da irretroatividade da lei nova e do respeito ao direito adquirido; b) esses dois princípios obrigam ao legislador e ao juiz; c) a regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade; d) pode haver retroatividade expressa desde que não atinja direito adquirido; e) a lei nova tem efeito imediato, não se aplicando aos fatos anteriores.¹⁵(grifo nosso)

Logo, qualquer alteração legal, ainda que no conjunto de regras de cálculo, apenas emanaria efeitos para os servidores que realizasse a opção constitucional após sua vigência, tendo em vista a consolidação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (consubstanciado no termo de migração) no momento da alteração de regime previdenciário.

Quanto ao ato jurídico perfeito, insta destacar que o Supremo Tribunal Federal, analisando questões judiciais que buscavam a anulação do Termo de Adesão previsto nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, reconheceu a sua validade, sob pena de ofensa à garantia constitucional, editando a Súmula Vinculante 1, de 30 de maio de 2007, nos seguintes termos:

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Observe-se que o caso específico, em que se baseou a Suprema Corte para firmar sua primeira súmula vinculante, em tudo se aproxima ao tema ora analisado¹⁶.

14 GONÇALVES, op. cit., p. 60.

15 Ibidem, p. 62.

16 O caso versa justamente sobre a autorização legal para que a empresa pública (Caixa Econômica Federal) creditasse nas contas vinculadas do FGTS do trabalhador, que aderisse ao Termo de Adesão previsto

Portanto, pode-se facilmente comparar o caso do precedente com o presente, sendo destacável o prestígio, concedido pelo Supremo Tribunal Federal, através do manejo de seu instrumento vinculante e uniformizador, às transações realizadas entre o Estado e os particulares, resguardando a garantia do termo de transação (ato jurídico perfeito).

Ademais, é bom lembrar que, nos termos do art. 60, §4º, da CF/88, os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal – especialmente os previstos em seu artigo 5º –, são considerados cláusulas pétreas, sendo inalcançáveis, inclusive, pelas emendas constitucionais.

Destarte, partindo-se do pressuposto de que a opção de alteração de regime previdenciário realizada pelo servidor público constitui ato de livre manifestação, irretratável e irrevogável, as condições fixadas em lei são inalteráveis por ato administrativo, por lei ou, até mesmo, por emenda constitucional, restando consolidada a situação jurídica do servidor público.

Tem-se, pois, que, no momento em que for homologada sua opção constitucional, cristaliza-se o conjunto de obrigações e direitos e transfere-se imediatamente ao patrimônio jurídico do servidor.

Pensar de forma diferente, rogando as máximas vênias, ensejaria uma situação de instabilidade e insegurança ao servidor público insuportável e insustentável, na medida em que se imporia a obrigação de realizar uma opção hoje com efeitos futuros (longo prazo), sem qualquer confiabilidade no Estado Brasileiro, o que não é admissível no Estado Democrático de Direito sob a égide da Constituição Federal vigente.

Não se desconhece remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava a modificação ou a supressão de determinado instituto jurídico.

Em acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 94.020, o Ministro Moreira Alves assentou entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal:

em lei, valores referentes à complementação da atualização monetária, aceitando as regras e condições lá estabelecidas, mediante a assinatura de um termo, onde se reconhece o direito naqueles termos. Acontece que, com o surgimento dos Juizados Especiais Federais, alguns trabalhadores ingressaram com ações judiciais objetivando a anulação dos termos e o julgamento pelo Poder Judiciário, tendo em vista a celeridade e decisões favoráveis à época. Contudo, o STF estabeleceu o entendimento que os Termos de Adesão estão emanados dos efeitos da garantia constitucional do ato jurídico perfeito e, portanto, são impossíveis de serem anulados, exceto se, no caso concreto, fosse comprovado algum vício de consentimento da parte interessada.

[...] em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – *de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito*. Quer isso dizer que, se a lei nova modifica o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato” (grifo nosso)

Assim, à luz de tudo adrede sufragado, o regime jurídico previdenciário a qual está vinculado o servidor público não está acobertado pelo manto do direito adquirido, podendo ser alterado diversas vezes e estas eventuais alterações atingirão a todos, independentemente de se ter efetivada, ou não, a opção constitucional.

Nada obstante, os direitos e obrigações legalmente previstos, que serviram de substrato para a alteração do regime previdenciário, não se confundem com o próprio regime jurídico.

Regime jurídico, em se tratando de previdência social, refere-se ao plexo de regras e princípios que caracteriza o sistema previdenciário, ao qual estão submetidos os potenciais beneficiários, de forma que qualquer alteração nas suas regras (elegibilidade, concessão, carência, pagamento e benefícios)¹⁷ atingirão indistintamente a todos os servidores públicos elegíveis pela norma.

Porém, ao conceder a aposentadoria – fato gerador – o servidor que realizou a opção constitucional no prazo legal terá direito ao Benefício Especial nos moldes em que a lei previu *na data da homologação do seu termo*, independentemente das alterações que, porventura, o regime jurídico previdenciário tenha sofrido até a concessão do benefício.

Portanto, como visto, regime jurídico se refere ao regime previdenciário; o direito adquirido se refere às regras ofertadas pela Administração Pública e aceitas pelo particular (servidor), na data em que foi homologada a sua opção de alteração de regime previdenciário, sob as quais lastreou a decisão de alteração de regime previdenciário, cristalizando-se seus efeitos jurídicos neste momento e os projetando para o futuro.

17 Por exemplo, caso haja alteração constitucional para impor aumento da idade mínima para concessão de aposentadoria voluntária, todos os servidores públicos – independentemente de terem efetivada a alteração de regime previdenciário, estarão submetidos à nova ordem.

Por fim, não fosse tudo isso suficiente para evidenciar a impossibilidade das alterações das regras previstas no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, e culminante os argumentos expostos até agora, não há como deixar de salientar os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança.

Atualmente, estes três princípios (ou subprincípios) jurídicos, derivados do próprio Estado de Direito¹⁸, estão diretamente associados à missão de assegurar às pessoas a tranquilidade necessária para conduzir a vida sem surpresas extraordinárias (além daquelas inerentes à própria vida moderna).

Alguns doutrinadores não enxergam diferenças substanciais entre eles, porém, a maioria da doutrina aponta a existência de traços distintivos, os quais foram bem sintetizados por Francisco Falconi¹⁹, *in verbis*:

a) Princípio da boa-fé: impõe ao Poder Público os deveres de agir com certa previsibilidade e de respeitar às situações constituídas pelas normas por ele editadas e reconhecidas, de modo a trazer estabilidade e coerência em seu comportamento.

18 O douto professor português J. J. Canotilho ensina que: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção de confiança – andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança um sub-princípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção de confiança exigem, no fundo: 1) confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; 2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida e segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção de segurança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.

[...]

O indivíduo tem o direito de poder confiar aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: 1) relativamente a actos normativos – proibição de direitos ou interesses juridicamente protegidos; 2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; 3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.)

19 FALCONI, Francisco. In: *Princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança*. Blog Opus Iuris. <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/01/23/principios-da-seguranca-juridica-boa-fe-e-protacao-a-confianca/>

Embora tenha se desenvolvido no âmbito das relações de Direito Privado, é plenamente aplicável na seara das relações administrativas. Em seu sentido geral, a boa-fé impõe às pessoas, em suas relações, o dever de agir com lealdade, transparência e coerência, observando a palavra empenhada. Assim, tanto no âmbito das relações privadas como nas relações jurídicas com o Estado, incide um dos mais importantes deveres decorrentes da boa-fé: o ‘venire contra factum proprium’, que é a vedação do comportamento contraditório. Assim, não pode uma pessoa, durante certo período de tempo, gerar expectativas na outra e, subitamente, agir de forma oposta, criando uma contradição.

b) Princípio da segurança jurídica: está intimamente ligado à certeza do Direito, possuindo uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva.

O aspecto objetivo da segurança jurídica relaciona-se com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Na maior parte dos países democráticos, a proteção a essas situações jurídicas é meramente legal, no Brasil, cuida-se de matéria estritamente constitucional, dotada de fundamentalidade formal e material.

O aspecto subjetivo da segurança jurídica é o princípio da proteção à confiança. Segundo Maria Sylvania, “a proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.” Na prática, esse princípio assegura às pessoas o direito de usufruir benefícios patrimoniais, mesmo quando derivado de atos ilegais ou leis inconstitucionais, exatamente em virtude da consolidação de expectativas derivadas do decurso do tempo.

Modernamente, o princípio da proteção à confiança é compreendido como uma norma autônoma em relação à segurança jurídica. Assim, a segurança jurídica tende a se restringir ao campo objetivo do respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ao passo que a proteção à confiança relaciona-se com componentes de ordem subjetiva e pessoal dos administrados.

Percebe-se, pois, que estes subprincípios estão diretamente relacionados ao tema ora analisado e visam garantir segurança e estabilidade

às relações jurídicas, especialmente àquelas enlaçadas com a Administração Pública, que tem o dever de sempre preservar a boa-fé, a confiança que o Estado deve propiciar nas pessoas e a perenidade das expectativas geradas.

Assim, trazendo ao caso em análise, parece óbvio que o servidor público, ao exercer sua opção constitucional, o faz motivado pelo conjunto de regras estabelecido pela Lei nº 12.618/2012, na expectativa da boa-fé da Administração Pública e na certeza que as condições lá estabelecidas se estenderão ao longo do tempo. Quaisquer alterações nestas balizas interfeririam diretamente na formação da convicção e, conseqüentemente, na manifestação da vontade.

Ou seja, o próprio caráter irrevogável e irretratável, exigido por lei para os servidores públicos, acaba gerando, para a Administração Pública, o mesmo efeito – de imutabilidade.

Impende destacar que o Supremo Tribunal Federal²⁰ e o Superior Tribunal de Justiça²¹ já se posicionaram diversas vezes no sentido de preservar a relação de boa-fé e de confiança a partir das justas e consolidadas expectativas geradas pela Administração Pública.

Ante todos estes argumentos, ao que me parece, não é permitida, dentro do Estado Democrático de Direito, alteração legislativa que modifique as regras e as condições estabelecidas na Lei nº 12.618/12, as quais fundamentaram a decisão de exercício da opção constitucional prevista no art. 40, §16, que se tornou irretratável e irrevogável por força de lei.

1.3 DO CÁLCULO DO BENEFÍCIO ESPECIAL

Feitas estas considerações, e partindo-se das premissas anteriormente fixadas (natureza jurídica compensatória e imutabilidade das regras estabelecidas no momento da migração de regime previdenciário), resta analisar exatamente as regras fixadas para o cálculo do Benefício Especial, especialmente as previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 3º, da Lei nº 12.618/12.

O art. 3º da Lei nº 12.618/2012 estabeleceu as regras sobre o Benefício Especial. Destrinchando o transcrito artigo legal, verifica-se que o *caput* determina a aplicação máxima do teto dos benefícios do Regime Geral

20 MS 27.083/DF; AgR em MS 27006/DF, ambos da Relatoria do Min. Celso de Mello.

21 REsp nº 658.130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.09.2006; ROMS nº 6.183/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 18.12.1995.

de Previdência Social às aposentadoria e pensões a serem concedidas aos servidores públicos que tiverem ingressado no serviço público: (i) a partir da vigência do regime de previdência complementar – ou seja, a partir de 04.02.2013²²; (ii) até a instituição do regime de previdência complementar, permanecendo sem quebra de vínculo, e exercerem a opção prevista no art. 40, § 16, da Constituição Federal.

Nesta hipótese, como já comentado, a lei (art. 3º, §1º) assegurou o direito ao benefício especial “*calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal*”, observadas as regras propostas e o direito à compensação financeira entre os regimes prevista no § 9º do art. 201 da CF/88.

O § 2º estabelece que o Benefício Especial equivale à:

Diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

Traduzindo-se em fórmula matemática, tem-se:

$$BE = [(MEDIAS_{80\%} (RPPS - U, E, DF e M) - RGPS (teto)) \times FC] \therefore FC = Tc/Tt \leq 1$$

Esta equação representa o complexo de regras e direitos relacionados ao cálculo do Benefício Especial que é cristalizado e transferido ao patrimônio jurídico do servidor público no momento em que exerce a opção constitucional prevista no art. 40, §16, da Constituição Federal.

Portanto, este conjunto de regras e valores – inclusive no que pertine ao teto do Regime Geral de Previdência Social – deverá ser preservado

²² Para os servidores do Executivo, a vigência do regime se deu a partir da publicação da Portaria PREVIC nº 44, em 04.02.2013. Para os servidores do Poder Legislativo, teve início em 07.05.2013 (Portaria PREVIC 239, em 07.05.2013), enquanto para os servidores do Poder Judiciário, a publicação da Portaria PREVIC se deu 14.10.2013.

durante o período compreendido entre a data que realizou a alteração de regime previdenciário e o efetivo pagamento do benefício.

Neste tópico, é de se destacar que, ainda que se ventile possibilidade de redução do teto do RGPS – o que, a meu ver, encontraria forte barreira constitucional – tal redução não poderia resultar em prejuízo ao servidor público, devendo o Benefício Especial levar em consideração este novo “teto” para fins do cálculo da diferença prevista no §2º do art. 3º da Lei nº 12.618/2012.

A dúvida que surge se refere ao conceito legal estabelecido para o “Tc” como:

Quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime de previdência da União de que trata o *art. 40 da Constituição Federal*, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União até a data da opção.

Numa primeira leitura, pode-se concluir que, para o cálculo do fator “Tc”, apenas se levaria em consideração as contribuições vertidas pelo servidor público ao RPPS da União, desprezando-se, assim, eventuais contribuições vertidas para os demais regimes próprios (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Certamente, há quem defenda a legalidade desta conclusão, porém, não me parece acertada quando o compêndio normativo e constitucional é compreendido sistematicamente.

O §1º assegura o pagamento de benefício especial, calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da CF, observado o direito à compensação financeira de que trata o §9º do art. 201 da Carta Constitucional.

Depreende-se, pois, que a União, ao pagar o benefício especial de servidor público que contribuiu para regimes próprios distintos, se valerá da previsão constitucional e normativa para realizar as compensações necessárias, a fim de que não tenha prejuízo em detrimento de vantagem indevida de outro regime.

Pois bem. Diante disso, não parece razoável presumir que, apesar de se valer da correspondente compensação financeira, o tempo de contribuição será considerado apenas em relação ao período em que contribuiu para o RPPS da União.

Ocorreria então fenômeno inverso, onde a União, após realizada a devida compensação financeira sobre as contribuições recolhidas para outro regime próprio, desembolsaria o benefício compensatório referente apenas ao período em que o servidor público se manteve vinculado ao seu regime, diminuindo significativamente o valor do benefício especial, o que geraria um prejuízo ao servidor e uma vantagem indevida para si.

Ademais, o art. 22 da Lei nº 12.618/2012 previu, expressamente, esta contagem de tempo de contribuição para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios para as hipóteses de servidores públicos que ingressarem no serviço público federal após a vigência do regime de previdência complementar, oriundos de entes que ainda não o tivesse instituído. Confira-se:

Art. 22. Aplica-se o benefício especial de que tratam os §§ 1o a 8o do art. 3o ao servidor público titular de cargo efetivo da União, inclusive ao membro do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingresse em cargo público efetivo federal a partir da instituição do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, considerando-se, para esse fim, o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, assegurada a compensação financeira de que trata o § 9o do art. 201 da Constituição Federal.

O texto legal é claro e incisivo em garantir o direito ao recebimento do benefício especial àqueles servidores públicos federais que ingressarem em cargo efetivo da União após a vigência do RPC, oriundos de entes federativos que não o tenha estabelecido, considerando o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, *assegurada a compensação financeira prevista no art. 201, §9º, da CF*.

Parece óbvio que, ao determinar a consideração de tempo de contribuição para os regimes próprios de outros entes federativos, a própria lei diz que o “Tc” não é obrigatoriamente referente às contribuições vertidas ao RPPS da União, mas na verdade, para os fins deste artigo, o “Tc” significará a quantidade de contribuições mensais efetuadas aos regimes de previdência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, a própria lei admite um conceito ampliado do fator.

Decerto, diante da previsão legal e do direito assegurado à compensação constitucional, não há como desconsiderar o período de

contribuição dos servidores públicos da União que anteriormente foram vertidas aos regimes próprios de Estados, Distrito Federal e Municípios, sob clara afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Pensar diferente seria criar uma categoria de servidores públicos que, sem nenhuma razão admissível, teria contribuído sobre valores superiores ao teto máximo do RGPS, mas que, caso efetivem a opção constitucional de migração de regime previdenciário, não receberia a compensação por estes valores.

Ter-se-ia, assim, três “categorias de servidores públicos” elegíveis ao recebimento do Benefício Especial: a) os que sempre contribuíram para o RPPS da União; b) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no serviço público federal após a vigência do PRC; e c) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no RPPS da União antes da vigência do RPC.

Os dois primeiros teriam direito ao benefício especial considerando integralmente o tempo e os valores de contribuição, enquanto a última “categoria” apenas teria direito a considerar integralmente os valores das contribuições vertidas, porém, o tempo de contribuição seria apenas em relação ao período vinculado ao RPPS da União.

Parece óbvia que tal interpretação encontra forte restrição no próprio texto constitucional, na medida em que diferencia uma categoria de servidores, sem qualquer justificativa e sem prejuízos à Administração Pública (que exercerá a compensação financeira), diante do desprezo legal às contribuições efetivamente recolhidas aos demais regimes próprios.

Mais, geraria enriquecimento indevido da União quando o Benefício Especial foi criado justamente para evitar tal ilícito.

Portanto, a interpretação literal do conceito de “Tc” seria inconstitucional por afrontar diretamente os princípios da isonomia e da vedação do enriquecimento ilícito da Administração Pública, devendo-se considerar no “Tc” a quantidade de contribuições vertidas para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nada obstante, esta não é a única dúvida que cerca o famigerado “Tc”. Como visto, o seu conceito se refere à “*quantidade de contribuições mensais...*”, o que aparentemente não induz a qualquer dúvida.

Aparências enganam.

Surgem dúvidas se, no conceito de “contribuições mensais”, se inserem às contribuições vertidas sobre a gratificação natalina, que, na Administração Pública Federal, costuma ser paga nas competências de junho e novembro, com tais valores sendo acrescentados nas respectivas folhas mensais de pagamento.

Ou seja, efetivamente, os servidores públicos realizam 12 (doze) contribuições mensais referentes financeiramente à 13 (treze) remunerações. E por que estas informações influenciariam no cálculo do Benefício Especial?

Como visto, o Fator de Conversão (FC) corresponde à divisão do “Tc” sobre o “Tt”, estando limitado a 1 (um) – art. 3º, §3º, da Lei nº 12.618/12.

Porém, o legislador optou por definir expressamente estes fatores, deixando entender que o “Tc” se referiria ao tempo de contribuição já realizado, enquanto o “Tt” indicaria o tempo de contribuição necessário, no total, para a concessão de aposentadoria voluntária.

Isto porque, ao definir o “Tt” em números, indicando que seria 455, se homem, 390, se mulher ou professor de educação infantil e do ensino fundamental, e 325, se mulher e professora de ensino infantil e do ensino fundamental, a lei, sem falar, fez entender que estes seriam os tempos necessários que a própria Constituição Federal estabelece para a concessão de aposentadoria voluntária, observadas as especificidades de cada categoria.

Assim, o art. 40, III, da CF, estabelece, como tempo de contribuição necessário para a concessão de aposentadoria voluntária, 35 (trinta e cinco) anos, para homem, e 30 (trinta) anos, para a mulher; valores que, multiplicados por 13 (treze) competências (incluindo a gratificação natalina), alcançam as somas de 455 e 390, respectivamente.

Decerto, a lei quando estabeleceu os valores do “Tt”, considerou a gratificação natalina como contribuição mensal independente das demais, de forma que, somando todas, seria o equivalente aos valores lá estabelecidos.

Outrossim, a previsão contida no *caput* do §3º do art. 3º da Lei nº 12.618/2012, deixa claro que “O fator de conversão de que trata o §2º deste artigo, cujo resultado é limitado ao máximo de 1 (um), será calculado mediante a aplicação da seguinte fórmula”.

A fórmula indicada é a já comentada $FC = Tc/Tt$.

Ora, se fosse intencional a não inclusão das contribuições sobre as gratificações natalinas no rol de “contribuições mensais”, a afirmação de que o resultado da fórmula é limitado a 1 (um) seria totalmente inócua, na medida em que no item “Tc” apenas se considerariam 12 contribuições, de maneira que o resultado sempre seria inferior a 1.

Somando-se 12 contribuições mensais por 35 anos, ter-se-ia o valor equivalente a 420, sendo, portanto, o resultado daquela fórmula necessariamente inferior a 1 (um), já que $420/455$ (se homem) seria igual a aproximadamente 0,92, por exemplo. O resultado seria igualmente inferior a 1 (um) nos cálculos das demais categorias estabelecidas na constituição.²³

Ou seja, caso se admita outra interpretação, seria imposta a necessidade de maior período de contribuição para o servidor público alcançar, no cálculo do fator, o resultado 1 (um), o que encontraria impedimento na previsão contida no art. 40, §19, da Constituição Federal.²⁴

Logo, a preocupação do legislador, a meu ver, em explicitar o limite de 01 (um) é no sentido de informar que, para o cálculo, apenas se levará em consideração a quantidade de contribuições suficientes para adquirir o direito à aposentadoria e, assim, as contribuições mensais para tanto, incluindo-se os incidentes sobre a gratificação natalina.

Por isso mesmo, seria possível um servidor público que já obteve o direito à concessão de aposentadoria voluntária, nos termos do art. 40, §1º, III, da CF, requerer a migração do regime previdenciário, porém não seria considerado, para fins do cálculo do Benefício Especial, o período em que permaneceu recebendo o abono (permanência) previsto no art. 40, §19, da CF.

Destarte, a gratificação natalina deverá ser contabilizada como contribuição mensal independente, de forma que, no momento do cálculo, cada ano trabalhado e contribuído equivalerá à 13 (treze) contribuições mensais.

23 No caso do servidor homem, necessitaria contribuir por 37 anos e 11 meses, ao invés de 35; se mulher, necessitaria contribuir por 32,5 anos, ao invés de 30; e, se servidor professor de educação infantil e do ensino fundamental, seria necessário contribuir por 27 anos e 1 mês, ao invés de 25, para se alcançar o resultado do fator igual a 1 (um).

24 O art. 40, §19, da CF, reconhece o direito ao recebimento de abono no valor equivalente à contribuição previdenciária ao servidor público que completar as exigências para aposentadoria e optar por permanecer em atividade – o chamado “abono de permanência”. Desta forma, durante este período o servidor não está efetivamente contribuindo para o regime previdenciário na medida que recebe o abono no mesmo valor.

2 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, demonstrou-se que o chamado Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, corresponde a uma compensação pelas contribuições vertidas ao Regime Próprio de Previdência Social pelo servidor público, no período anterior a alteração do regime previdenciário (opção prevista no art. 40, §16, da CF), em função de contribuições realizadas sob uma base de contribuição superior à proteção que será efetivamente disponibilizada quando da ocorrência das necessidades sociais tuteladas.

Neste sentido, o Benefício Especial não tem natureza previdenciária e, portanto, não pode ser comparado às aposentadorias e pensões do regime próprio, de forma que não deverá haver incidência de contribuição previdenciária.

Em relação à possibilidade de eventuais alterações futuras nas regras e fórmula de cálculo do Benefício, demonstrou-se que não é permitida, dentro do Estado Democrático de Direito, alteração legislativa que venha a modificar as regras e as condições estabelecidas na Lei nº 12.618/12, as quais fundamentaram a decisão de exercício da opção constitucional prevista no art. 40, §16, que se tornou irretroatável e irrevogável, nos exatos termos da transação nominal firmada por cada servidor público, por força de lei.

Ou seja, o conjunto de regras e valores que rege o Benefício Especial – inclusive no que pertine ao teto do Regime Geral de Previdência Social – deverá ser preservado durante o período compreendido entre a data que realizou a alteração de regime previdenciário e o efetivo pagamento do benefício previdenciário, devendo o cálculo ser efetuado sob estas regras no momento do recebimento da aposentadoria ou pensão pelo RPPS da União.

Observou-se, ainda, a aceitação da opção prevista pela Constituição Federal e pela Lei nº 12.618/2012, consubstanciada no termo formal de migração, tem nítido caráter contratual (*sui generis*) entre o servidor público e o Estado (Administração Pública), abarcando todos os requisitos legais para a caracterização de contrato administrativo em sentido amplo.

É desse caráter negocial, contratual, que se extraem as obrigações e os direitos sinalagmáticos oriundos da alteração de regime previdenciário, através da efetivação da opção constitucional (art. 40, § 16). *De um lado, a redução do valor máximo para aposentadoria e pensão; de outro, a necessidade de pagamento compensatório pelos valores vertidos a maior.*

Assim, o instrumento utilizado para efetivar a faculdade constitucional, consubstanciado em um termo, se reveste dos efeitos de ato jurídico perfeito, na medida em que, realizada a opção, a mesma se torna irretratável e irrevogável por força de lei.

Portanto, ao homologar a opção constitucional, são transferidos ao patrimônio jurídico do servidor público os direitos e as obrigações previstos em lei, sob os quais se fundou a decisão pessoal de alteração de regime previdenciário, incluídas, por óbvio, as regras de cálculo estabelecidas no art. 3º, da Lei nº 12.618/2012, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido, firmados sob os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da preservação da confiança.

No que concerne ao cálculo do Benefício Especial, destacou-se que, diante da previsão legal e do direito assegurado à compensação constitucional, não há como desconsiderar o período de contribuição dos servidores públicos da União que anteriormente foram vertidas aos regimes próprios de Estados, Distrito Federal e Municípios, sob clara afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Do contrário, estar-se-ia constituindo três “categorias de servidores públicos” elegíveis ao recebimento do Benefício Especial: a) os que sempre contribuíram para o RPPS da União; b) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no serviço público federal após a vigência do PRC; e c) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no RPPS da União antes da vigência do RPC.

As duas primeiras teriam direito ao benefício especial considerando integralmente o tempo e os valores de contribuição, enquanto a última “categoria” apenas teria direito a considerar integralmente os valores das contribuições vertidas, porém, o tempo de contribuição seria apenas em relação ao período vinculado ao RPPS da União.

Portanto, a interpretação literal do conceito de “Tc” seria inconstitucional por afrontar diretamente os princípios da isonomia e da vedação do enriquecimento ilícito da Administração Pública, devendo-se considerar no “Tc” a quantidade de contribuições vertidas para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios em todas as hipóteses.

Ademais, a gratificação natalina deverá ser contabilizada como contribuição mensal independente, de forma que, no momento do cálculo, cada ano trabalhado e contribuído equivalerá à 13 (treze) contribuições mensais.

REFERÊNCIAS

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 36.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume I*: parte geral. 6. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cláusulas pétreas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). *Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FALCONI, Francisco. In Princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança. Blog *Opus Iuris*. Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/01/23/principios-da-seguranca-juridica-boa-fe-e-protacao-a-confianca/>.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 35/36.

REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 70/71

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&filename=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007

www.previc.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/guias-de-melhores-praticas/melhores-praticas-em-licenciamento.pdf/view.

Fundos de Pensão: coletânea de normas. Brasília: MPS, SPPC, 2012.

RECEBIDO EM: 12/06/2019

APROVADO EM: 16/09/2019

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS POSITIVADOS NO BRASIL EM ÉPOCAS DE CRISE ECONÔMICA

*THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF SOCIAL SETBACKS
IN RELATION TO WRITTEN SOCIAL RIGHTS IN TIMES
OF ECONOMIC CRISIS*

Janine Taís Homem Borba

*Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMEB/RJ. Especialista em
Psicomotricidade Relacional. Especialista em Psicopedagogia Clínica e Institucional.*

Neuro José Zambam

*Doutor em Filosofia. Mestre em Sistemas Éticos. Especialização em Epistemologia
das Ciências Sociais. Docente do Programa de Graduação e Pós-Graduação em
Direito da IMED.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Referências para compreender o Estado Social e as Constituições; 2. Relação entre Direitos Sociais e Direitos Fundamentais; 3. Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o alcance do Efeito Cliquet em épocas de crise econômica; 4. Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O objetivo geral desta abordagem é analisar os Direitos Sociais em face do princípio da proibição de retrocesso social. O problema que o orienta esta exposição é: em tempo de grave crise econômica, qual a relevância do Princípio do Retrocesso Social que inibe a supressão de direitos mesmo em desuso ou promessas vagas? Pretende-se registrar o nascimento do Estado Social e com ele as constituições para que se possa contextualizar o ingresso dos direitos sociais. Também estabelecer-se-á a noção dos direitos sociais e sua relevância para a justiça social, assim como a concretização dos direitos sociais como um direito fundamental implica na sua irreversibilidade. Neste contexto, apresentar a ideia do que é o princípio da proibição do retrocesso social e a sua legitimidade, assim como seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Crise. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Estado Social. Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

ABSTRACT: The main objective of this approach is to analyze Social Rights in the face of the principle of the prohibition of social setbacks. The problem that guides this exposure is: in times of economic crisis, what is the relevance of the Principle of Social Backwardness that inhibits the suppression of rights even if in disuse or vague promises? It is intended to record the birth of the Social State and the constitutions to be able to contextualize the entry of social rights. The notion of social rights and its relevance to social justice will be established, just as the materialization of social rights as a fundamental right implies their irreversibility. In this context, give an idea of what is the principle of the prohibition of social setbacks and its legitimacy, as well as its limits.

KEYWORDS: Crisis. Fundamental Rights. Social Rights. Social State. Principle of the Prohibition of Social Setbacks.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil é conhecida pelo seu viés garantidor, em que os direitos, principalmente os do artigo 5º, são considerados fundamentais. O que se propõe é investigar a relevância do princípio da proibição do retrocesso social no atual cenário brasileiro, bem como apreciar a natureza desse princípio que aparentemente entende-se como inserido, de forma implícita, no rol dos direitos fundamentais. Esse princípio é considerado basilar no que se refere aos Direitos Sociais e, por este motivo pode ser considerado imutável, diante de sua característica de um direito fundamental, ou seja, protegido de qualquer arbitrariedade dos poderes da república. Contudo, o princípio da proibição do retrocesso social, possui a característica de, caso seja previamente estabelecido um projeto compensatório ou que substitua o direito que está sendo suprimido, a sua alteração torna-se possível.

O problema desta investigação é compreender a relevância do princípio da proibição do retrocesso social, no atual cenário do Estado brasileiro. Buscar-se-á entender se o referido princípio pode ser considerado imutável, ou seja, possui um núcleo duro no qual não é possível mitigá-lo, bem como suprimi-lo, mesmo diante de crises políticas e econômicas graves pelas quais passa o país.

Nesse cenário, faz-se necessários alguns questionamentos: É possível, realmente, considerar retrocesso social a supressão de direitos sociais quando o Estado está inflacionado com as políticas públicas? Qual a relevância de manter tais dispositivos? Quais com suas promessas, muitas vezes, vagas ou em desuso?

A estrutura do artigo está disposta em três seções: a primeira resgatará a ideia do Estado Social nas constituições, procura-se nessa etapa fazer um apanhado bibliográfico acerca da gênese do Estado Social, bem como o seu desenvolvimento e seus pilares estruturantes, sendo um deles a Constituição. O entendimento das constituições faz-se necessário para que se possa estabelecer o nascedouro dos direitos sociais e seus principais atributos. Na segunda seção discutir-se-á acerca dos direitos sociais, direitos esses essenciais à população vulnerável, assim como, examinar-se-á a questão, com o intuito de superar o abismo entre os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais sociais. O que se pode perceber é a influência internacional concebendo que os Direitos Sociais podem sofrer mitigação desde que outras propostas sejam empregadas.

Complementando a ideia de averiguar a evolução desse princípio no atual cenário brasileiro, pretende-se inserir nessa argumentação entendimentos que contribuem, em nível internacional, precisamente o lusitano, quanto as questões relevantes no que se refere ao princípio da proibição do retrocesso social.

A estratégia de investigação conta com o acesso prioritário às fontes bibliográficas em livros, artigos, periódicos e jurisprudência. Os estudos de constitucionalistas brasileiros como Paulo Bonavides, Eros Grau e portugueses como José Joaquim Gomes Canotilho e Catarina Santos Botelho.

1 REFERÊNCIAS PARA COMPREENDER O ESTADO SOCIAL E AS CONSTITUIÇÕES

O Estado Social se consolidou desde a metade do século XIX até por volta da década de 30 do século passado, suas fundamentações desde elementos históricos como ideológicos foram se materializando nesse período. Importa ressaltar que o Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, surge pós Segunda Guerra para a recuperação da Europa que se encontrava devastada e necessitava ser reparada.

O Estado Liberal precede o Estado Social, enquanto este pugna pelos direitos sociais, o primeiro luta pelas liberdades do indivíduo com a mínima interferência do Estado. Conforme Bonavides o papel do Estado Liberal é a proteção e defesa desses direitos de liberdade, no entanto, com a abstenção do Estado na vida do indivíduo ocorre a falta de qualquer iniciativa social, isto é

O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se, com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagre, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado. (BONAVIDES, 2014, p. 41)

O Estado Liberal é o primeiro Estado jurídico, caracterizado como guardião das liberdades individuais, foi idealizado pela burguesia. A burguesia passa de classe dominada para classe dominante, estrutura sua revolta em princípios ideológicos universalizados. Esses princípios estruturantes da revolta da burguesia se caracterizavam por atingir todos os homens de forma geral e universal, mas ao chegar ao poder a classe burguesa parece esquecer desses princípios universais como condição de todos os homens (Bonavides, 2014, p. 42).

O Brasil, em 1891, passa a se inspirar nas diretrizes constitucionais dos Estados Unidos da América. Esse período que se prolonga por quase 40 (quarenta) anos, tinha um Estado “que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa [...]” (BONAVIDES, 2005, p. 365). O aspirado Estado Liberal, que por sua vez, garantia os direitos de liberdade e igualdade dos indivíduos, mostra-se insuficiente para as demandas sociais, pois além de acentuar as desigualdades entre os indivíduos, percebe-se que somente a garantia de liberdade e igualdade, nesse caso formal, não é suficiente, dessa certa, inicia-se a implementação de direitos que deem conta da igualdade material.

O direito liberal, decorrente das teorias liberais, compreende o homem, na sua singularidade e unicidade, sendo ele o centro do fundamento dessa concepção. Por meio dessa tese acredita-se que o homem de forma individual pode ser capaz de resolver suas questões de modo que não necessite da interferência de um terceiro, no caso o Estado. As ações do Estado são consideradas negativas, pois a sua interferência é mínima. Nesse sentido:

A teoria liberal sob seus vários aspectos maximiza a figura do homem singular, o indivíduo, único capaz de julgar sob suas paixões e interesses. O projeto jurídico que daí decorre assume definitivamente, como figura central e intocável de sua estrutura, este homem só, alheio e alienado do seu ambiente. Assim, o direito individual – como direito subjetivo – será a expressão jurídica do modelo liberal. (COSTA; CARVALHO, 2011, p.11)

Atualmente o liberalismo deve estar preenchido de ingredientes democráticos, por isso, nessa concepção, cuja figura central é o homem visto de forma individual, perde seu espaço para um liberalismo democrático que possua elementos humanísticos enriquecendo as conquistas de liberdade e dando a elas uma efetividade que somente a teoria liberal mostrou-se insuficiente. O Estado passa então a uma socialização moderada, as garantias transmutam de um plano puramente jurídico para um plano em que há Direito relacionado com a Justiça (Bonavides, 2014, p. 62).

Da insuficiência do Estado Liberal, em garantir os direitos conquistados, passa-se para o Estado Social, essa nova composição de Estado ocorre próximo ao século XX. O Estado passa a ter ações positivas frente aos indivíduos com o desígnio de que as referidas garantias possam ser verdadeiramente efetivadas. “O papel do Estado passa, então, a regulador e promotor do bem-estar social” (COSTA; CARVALHO, 2011, p. 12),

assim, nessa nova concepção de Estado este vem a ter a função de garantir a igualdade material aos indivíduos de maneira que toda a sociedade se responsabilize pelos menos favorecidos.

Todavia, antes de explicitar-se o que se propõe o Estado Social, é imprescindível traçar uma distinção entre Estado Social e Estado Socialista, tendo em vista que há certa confusão entre estes dois institutos, pois não raras vezes são empregados como se sinônimos fossem. Na lição de Bonavides o Estado Social

Representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou do antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.

Daí compadecer-se do Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. [...]

Todo Estado, em sua essência e substantividade, é poder, [...]

No Ocidente, esse poder político repousa numa estrutura econômica capitalista. No Oriente socialista, a base se modificou e é essa modificação que justifica o corte dicotômico entre o sistema político marxista e o sistema político ocidental, [...]

À medida, porém que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele ser consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. [...]

Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social. [...]

Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na senda da socialização parcial.

É, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu

poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo a toda economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo [...] seria a passagem do Estado social ao Estado socialista. (BONAVIDES, 2014, p. 184-186)

Considerando a distinção entre o Estado Social e Estado Socialista, depreende-se que o Estado Social que se vislumbra é aquele englobado no regime jurídico democrático. Essa transformação não ocorre de maneira simples, pois tanto o Estado Liberal quanto o Estado Social com suas ideologias específicas, possuem interesses que divergem entre si e, por isso, são de difícil aplicação. No que tange a esses dois Estados percebe-se a consagração de direitos em planos diversos, quais sejam, liberdade e igualdade (Estado Liberal), e, social e econômico (Estado Social).

Em síntese, a consagração desses direitos pode ser classificada em direitos de primeira e de segunda geração. Os primeiros são aqueles caracterizados pela abstenção do Estado, compreendido como os direitos de liberdade e igualdade (civis e políticos). Os direitos de segunda geração são aqueles que preveem a ação, a de se dizer, positiva do Estado para que sejam efetivados os direitos garantidos na primeira geração, são os direitos de conteúdo social e econômico. O instrumento para a positivação dos referidos direitos são as constituições dos Estados.

Uma sociedade minimamente organizada possui uma constituição, é nela que estão positivadas, as regras que deverão ser cumpridas pelo poder público, bem como devem ser observadas pelo particular. Pode-se dizer que a constituição de um Estado exprime a razão pública de seus cidadãos, o que, segundo Rawls, significa “a razão pública é característica de um povo democrático, é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status da cidadania igual” (RAWLS, 2000 p. 261).

A constituição de um Estado, configura os acordos feitos e as garantias conquistadas de um povo, no entanto, esse documento, para ter efeito, deve estar em consonância com a realidade, pois a constituição “expressa as relações de poder nele dominantes[...].” (HESSE, 1991, p. 9). Contudo, deve estar em consonância com a realidade do país, ou seja, a constituição real, do contrário é apenas um pedaço de papel (Hesse, 1991, p.9). Dessa senda, entende-se a relevância de que a constituição de um Estado atenda aos anseios e necessidades da população. Importante destacar que algumas constituições que abrangiam os direitos de primeira geração, possuíam, portanto, uma perspectiva liberal, com isso não supriam a necessidade dos direitos de segunda geração que pugnava por direitos de cunho social.

As primeiras constituições que empregaram a ideia dos direitos de cunho social foram a Mexicana (1917) e a de Weimar (1919). Nessas constituições estão expressas a ideia de que não basta assegurar os direitos individuais (liberdade e igualdade – primeira geração), é preciso também lançar o olhar para a condição do indivíduo sob a perspectiva social, minimizando as diferenças sociais e econômicas (Costa; Carvalho, 2011, p. 14).

No Brasil a constituição de 1934, inevitavelmente influenciada pela constituição alemã de Weimar, trouxe a corrente dos princípios, que até então não haviam contemplados. Essa nova concepção de princípios, insere um novo modo de compreender os direitos fundamentais da pessoa humana, ressaltando seu aspecto social, com isso mudando o rumo do constitucionalismo pátrio (Bonavides, 2005, p. 366).

A constituição de Weimar foi a que mais influenciou as constituições no pós-guerra, assim como anteriormente havia influenciado a constituição brasileira de 1934, continuou influenciando a constituição de 1988, sendo esta a constituição vigente no Brasil (Costa; Carvalho, 2011, p.15). A constituição de 1988 é a primeira a adotar, explicitamente, os direitos fundamentais, é, portanto, a “que mais avançou na direção de um Estado Social, edificado sobre os alicerces da positividade jurídica” (BONAVIDES, 2013, p. 59).

Conforme Sarlet, (2013, p.534), as constituições anteriores já previam certas normas de justiça social e alguns direitos sociais, mas é na constituição de 1988 que os direitos sociais ganham escopo, pois desde o Preâmbulo da constituição observa-se o compromisso com a justiça social. Com isso resta saber se estes Direitos Sociais considerados direitos fundamentais podem estar coberto pelo manto da proibição do retrocesso social.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITOS SOCIAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito social desvia o olhar do indivíduo singular para o coletivo, abrangendo outros direitos, além, dos já consagrados direitos individuais. Conforme disposto na seção anterior, ao discorrer sobre o Estado Social, contemplou-se que ele surge “após a Segunda Guerra Mundial, é o resultado do reconhecimento e da positivação dos direitos relativos às relações de produção e seus reflexos” (MORAIS; BRUM, 2016, p. 13).

Nota-se que essa positivação dos direitos sociais “foi sensivelmente impulsionada e provocou uma mudança notável na concepção dos direitos fundamentais” (COSTA; CARVALHO, 211, p. 22). Pode-se, com isso, perceber que a positivação dos direitos sociais, primeiramente esteve

vinculada com as relações de trabalho, por meio da luta dos operários, a conhecida luta de classes.

A igualdade formal instaurada pelo Estado Liberal se mostrou insuficiente, à medida que os dispositivos promotores de liberdade e de igualdade formal não diminuíram as desigualdades. Assim, foi preciso que o Estado, o qual anteriormente se abstera de intervir passou a ser um garantidor de direitos sociais. Nas palavras de Fernandes,

A partir desse movimento, vai se desmistificando o preceito da igualdade formal instituída pelo Liberalismo, e tem início a manifestação de que o Estado pode ser compreendido não mais como um inimigo (oponível) da sociedade, mas como um possibilitador de sua existência.

Seu traço principal é a mudança de comportamento esperado/exigido do Estado, isto é, abandonam a percepção de uma postura abstencionista por parte do Estado, para, ao contrário, afirmar a necessidade desse intervir, gerando condições de implementação de programas públicos (acerca da saúde, trabalho, educação, etc.) (FERNANDES, 2017, p. 706)

Além de ter a característica de proteção dos operários contra às arbitrariedades dos donos dos meios de produção, a promoção e a garantia dos direitos sociais também primam pela diminuição das desigualdades entre os indivíduos. Os direitos sociais, conseqüentemente, são direitos que buscam a justiça social, uma vez que procuram garantir a igualdade material entre os indivíduos. Ademais, é equivocada a concepção que entende que os direitos sociais substituem os direitos individuais, sendo que aqueles complementam estes, e, por conseguinte a garantia da concreta liberdade individual.

O artigo 6º da Constituição Federal apresenta o rol de direitos sociais¹, esses direitos são considerados básicos e vem sendo ampliados paulatinamente à medida que as necessidades surgem. A expansão do rol desses direitos ocorre por meio de emenda constitucional, suplementando, assim, o texto original da constituição. O mais inusitado projeto de emenda constitucional para a ampliação dos direitos sociais, é o que propõe a busca da felicidade como um direito social. Embora ainda em tramitação no Congresso Nacional a PEC da Felicidade, já foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar algumas decisões (Nunes Junior, 2017, p. 1047).

1 Os principais Direitos Sociais positivados na Constituição Federal do Brasil são: educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados

Por conseguinte, os direitos sociais são aqueles que reclamam a atuação do Estado na prestação e na efetivação desses direitos,

Em sentido objetivo, pode-se entender o conjunto de direitos sociais como o conjunto de normas pelas quais o Estado equilibra e modera as desigualdades sociais, prevendo deveres de prestação dirigidos, primordialmente, à concretização da igualdade substancial, mas também ao reforço da liberdade. Subjetivamente, pode-se afirmar que são faculdades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em direitos a prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos. [...] Diferenciam-se, assim, os direitos sociais dos direitos de liberdade, pois estes, no campo dos direitos a algo, referem-se a ações negativas. (COSTA; CARVALHO, 2011, p. 23)

Nesse ínterim, a principal diferença entre os direitos individuais e os direitos coletivos, compreendidos como de primeira dimensão e de segunda dimensão respectivamente, é que os direitos sociais geram o dever de ação do Estado, ou seja, é um dever prestacional. Por outro lado, os direitos individuais são aqueles em que não se espera do Estado uma ação, um fazer, sendo sua tarefa principal a não intervenção.

Não obstante, [...], o dever de agir ou não agir do Estado é apenas um dever principal. Isso porque, nos direitos de primeira dimensão, enquanto o dever principal é o de não agir (não fazer), o Estado também terá o dever de agir. Por exemplo, no direito à vida, o dever principal do Estado é não tirar a vida das pessoas, mas terá como dever secundário proporcionar a todos uma vida digna (fazer). O mesmo se aplica aos direitos sociais. Por exemplo, ao prever o direito à moradia, o Estado tem o dever principal de fazer (proporcionar a moradia para todos), mas terá também o dever secundário de não fazer (não ferindo a propriedade em casos excessivos, como a penhora da pequena propriedade rural). (NUNES JUNIOR, 2017, p. 1050)

Fernandes (2017, p.707), ensina que tradicionalmente os direitos sociais são normas constitucionais que estão na esfera das normas programáticas. A característica dessas normas é a sua diminuta efetividade, sendo considerados mais um plano político, com os quais a estrutura do Estado (poderes executivo e legislativo) deve atender, do que realmente uma obrigação concreta. O autor segue referindo que parte da doutrina quer ir mais além, isto é, esse grupo de doutrinadores, em que pese, reconheçam que as normas de direitos sociais sejam programáticas demandam uma

atuação mais pungente nas prestações positivas. Porquanto, os direitos sociais como direitos fundamentais que são, com aplicação imediata, não podem estar sujeitos às omissões estatais.

Nesses termos, a delimitação dos direitos sociais, em certa medida são importantes, Sarmento (2010, p. 192-195), destaca três vertentes: 1^a) Tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos; 2^a) Tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos; 3^a) Tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*. A primeira, defende que os direitos sociais não são subjetivos, com isso não ensejam exigibilidade, todavia haveria o controle judicial em face ao Estado para que ele realize os direitos previstos. A segunda tese, por sua vez, é excessiva, pois não há como exigir a realização dos direitos sociais pelo Estado de forma indiscriminada tendo em vista as limitações orçamentarias. Por fim, a terceira tese, segue o autor, é a que possui mais adeptos. Para essa tese os direitos sociais são abarcados por princípios e devem estar vinculados ao caso concreto e passar pelo processo de ponderação.

Outrossim, também aos direitos sociais se aplica ao disposto no art. 5º, § 1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance dessa eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social à luz de outros direitos e princípios. Assim, ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivados no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências. (SARLET, 2013, p. 541)

Retomando os elementos subjetivos e objetivos dos direitos sociais, entende-se que sob a ótica da perspectiva subjetiva é aquela que compreende os direitos sociais, exigíveis em juízo como direitos subjetivos, e, portanto, gerando certas dificuldades em seu cumprimento, seja por conta da falta de recursos, como pelos limites impostos ao controle judicial frente a essas demandas. Preleciona Sarlet (2013, p. 541) que a doutrina tende a reconhecer como direito subjetivo o mínimo existencial, compreendido sob as condições mínimas à vida digna e com qualidade. Reafirmando seu posicionamento, o autor expõe que a exigibilidade judicial está diretamente relacionada com a análise do caso concreto.

Com efeito, a perspectiva objetiva dos direitos sociais, remonta a ideia de que esses direitos estão intimamente relacionados com os valores constitucionais a serem concretizados, e que são atribuições de todos. Sob essa perspectiva, o Estado está permanentemente prestando aos indivíduos os direitos sociais, além de permitir que os direitos sociais sejam empregados na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Decorrente do exame dessas duas dimensões é possível verificar que “os direitos sociais não se limitam à função de direitos a prestações materiais, [...] para os direitos sociais vale a premissa de que todos os direitos fundamentais apresentam uma perspectiva (ou dimensão) positiva e negativa” (SARLET, 2013. p. 541).

Notadamente a constituição brasileira adotou inúmeras reivindicações resultantes de todo processo constituinte, por vezes, tais requisições nem sempre se compatibilizam. No que se refere aos direitos fundamentais, tal situação é verificável no reconhecimento de inúmeros direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade, políticos, entre outros, de toda sorte, isso demonstra que a constituição não aderiu a uma única teoria sobre os direitos fundamentais. Esse caráter de promessa da carta constitucional representa uma das peculiaridades da constituição de 1988 que é o pluralismo (Sarlet, 2013, p. 184).

Nesses termos fica evidente a característica de direitos fundamentais, majoritariamente aceita dos direitos sociais. A principal função dos direitos sociais é a de possibilitar uma vida digna aos indivíduos menos favorecidos levando-os a compreenderem as reais liberdades conquistadas com os direitos individuais. Diante dessa colocação, depreende-se o caráter vinculativo entre os direitos fundamentais sociais e o princípio fundante da República Federativa do Brasil, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo essa compreensão, é inconcebível desvincular o princípio da dignidade da pessoa humana dos direitos sociais.

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O ALCANCE DO EFEITO CLIQUET EM ÉPOCAS DE CRISE ECONÔMICA

Considerando que o cerne desse ensaio, é averiguar qual é o alcance do princípio da proibição do retrocesso social em momentos em que há uma crise econômica, que embora não se restrinja somente ao país, mas atinge a todos os indivíduos, em maior ou menor grau. A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental na constituição brasileira, também possui destaque nessa seção porque perpassa todos os direitos fundamentais, sendo considerado um princípio-base que contribui para a compreensão da unidade da constituição. Nesse mesmo sentido opera a Constituição Federal da Alemanha:

- a) a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público;
- b) o povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo;
- c) os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (SANDKÜHLER, 2013, p. 116)

O princípio da dignidade da pessoa humana nos períodos da Idade Antiga e Medieval estava atrelado com fatores como a posição social, intervenção divina, aos títulos que o indivíduo detinha. Foi na Europa Ocidental, no período da Idade Moderna que a dignidade da pessoa humana foi se desenvolvendo e superando as antigas compreensões.

Com o avanço da Idade Moderna, em especial o seu culminar no *siècle des lumières*, assistiu-se a um claro impulsionar do individualismo, do protagonismo da pessoa (humanismo). Esta mudança de paradigma, assente no processo de racionalização – que teve o seu exponencial máximo a contribuição filosófica de IMMANUEL KANT – alterou a perspectiva da dignidade da pessoa humana, agora derivada da própria condição da pessoa. (BOTELLHO, 2017, p. 258-259)

Essa perspectiva gerou uma noção de dignidade da pessoa humana na qual o homem é um fim em si mesmo, nesses termos, o princípio ora em debate, se baseava na autonomia da vontade, com isso, o homem não poderia ser tratado como um simples objeto. A dignidade esteve vinculada a liberdade e aos direitos inerentes da natureza, sob outro entendimento também era uma qualidade a ser conquistada. A tutela da dignidade da pessoa humana passou a ser positivada e reconhecida nas constituições como uma “espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e “ponto de Arquimedes” do Estado Constitucional (*Haverkatè*), muitas vezes mesmo sem que tenha havido previsão expressa quanto ao seu reconhecimento como valor e princípio fundamental” (SARLET, 2013, p. 122).

Embora o uso frequente da expressão “dignidade da pessoa humana”, não se tem clareza do alcance, do conteúdo e do seu significado, além disso, é uma expressão que está sendo utilizada para fundamentar os mais diversos pedidos e decisões. Essa banalização e uso indiscriminado, conforme alerta, Tramontina e Hahn (2013, p. 139-140), fez com que a

expressão perdesse seu brilho. Os autores ainda destacam a influência nos direitos fundamentais:

O alto custo da vulgarização da “dignidade humana” reside na relação que existe entre esta e os direitos fundamentais. A estreita vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é um dos postulados basilares mais importantes do direito constitucional contemporâneo. Assim, a justificação, a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais podem ficar prejudicadas pela vulgarização e falta de clareza ou imprecisão da “dignidade humana”. (TRAMONTINA; HAHN, 2013, p. 140)

Feito esse alerta, e estando vigilante para que se redobrem os cuidados com a utilização da expressão “dignidade da pessoa humana”, é de salientar que essa aproximação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, leva ao entendimento de que não se compraz com apenas a proteção, mas também implica na promoção dos direitos tanto de liberdade quanto os direitos sociais.

Sem negar as diferenças entre direitos de liberdade e direitos sociais, urge compreendê-los sistematicamente, unidos pela dignidade da pessoa humana, que torna irrecusável a afirmação de que também os direitos sociais são direitos fundamentais [...]. (COSTA; CARVALHO, 2011. p. 30)

É importante destacar que os direitos sociais na condição de direitos fundamentais, não estão à disposição dos poderes constituídos, bem como estão sujeitos ao regime dos limites aos direitos fundamentais. Com isso os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, não estão à disposição do legislativo no que concerne a sua derrogação (Sarlet, 2013, p. 543). Segue o autor referenciando que a garantia dos direitos sociais:

Contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que tanto a doutrina quanto, ainda que muito paulatinamente, também a jurisprudência vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas de cunho retrocessivo por parte do legislador, que, pela revogação ou alteração da legislação infraconstitucional [...] venha a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria CF. (SARLET, 2013, p. 542-543)

Nesse ínterim, o princípio da proibição do retrocesso social, embora não esteja previsto explicitamente na constituição brasileira, pode-se notar que ele encontra guarida por meio de em alguns elementos que estão positivados. A título de exemplo cita-se o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal que impede emenda constitucional que possa abolir direitos e garantias individuais (Nunes Junior, 2017, p. 1066).

A definição do princípio da proibição do retrocesso, que vem sendo adotada pela doutrina estrangeira e nacional pode ser conceituada como

O princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativo adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão. (FERNANDES, 2017, p. 719)

O princípio da proibição do retrocesso social, está intimamente relacionado com o direito à segurança jurídica. A segurança jurídica aspira a “garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, [...], bem como [...] a ideia de segurança jurídica encontra-se vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2006, p. 5)

Um dos maiores defensores do princípio da proibição do retrocesso social é José Joaquim Gomes Canotilho, para ele quando há concretização infraconstitucional dos direitos sociais estes adquirem status de direitos subjetivos definitivos a determinadas ações do Estado e não estão mais disponíveis ao legislador, isto é, os direitos uma vez adquiridos não podem ser reduzidos ou suprimidos (Nunes Junior, 2017, p. 1067). Aparentemente, depreende-se dessa leitura que os direitos sociais aliados ao princípio da proibição do retrocesso constituem parte do núcleo duro da constituição, ou seja, por deterem status de direitos fundamentais, não podem ser abolidos da constituição.

Em que pese, o princípio da proibição do retrocesso, não se restrinja aos direitos sociais, é nesta esfera que ele recebe maior destaque e discussão. A garantia e proteção dos direitos sociais é tema de crescente insegurança,

pois tendo em vista que a demanda de prestações a serem realizadas pelo Estado cresce exponencialmente e sabendo que os recursos estatais possuem sérias limitações como pode-se preservar estas conquistas para uma existência digna para todos?

Nesse sentido:

Cuida-se de investigar-se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições (SARLET, 2012, p. 447-448).

Diante de uma constituição ampla e comprometida em assegurar os direitos como é a do Brasil, como se comporta o princípio da proibição do retrocesso social com crises econômicas? Tendo em vista que os direitos não podem ser considerados absolutos é preciso rever certas concepções acerca de determinados institutos em contextos de grave ameaças ou instabilidades. Na lição de Nunes Junior,

Como compatibilizar o princípio da proibição do retrocesso e as crises econômicas? No nosso entender, com drástica redução do orçamento, por conta da queda da arrecadação, é impossível manter o mesmo número de políticas públicas, com a mesma intensidade, com a mesma amplitude. Reduzindo-se a arrecadação, como manter o investimento do FIES, PROUNI, Bolsa Família e outros programas que atingiram seu ápice quando da pujança econômica? Como vimos anteriormente os direitos têm custos e eles são impactados pelo orçamento exequível. Dessa maneira, no nosso entender, o princípio da proibição do retrocesso deve ser revisitado em tempos de crise. (NUNES JUNIOR, 2017, p. 1069)

Discorre o autor que mesmo sendo revisto o princípio, este não deve suprir o mínimo existencial, isto é, os direitos sociais que promovam uma vida digna para os indivíduos não podem ser abolidos definitivamente (Nunes Junior, 2017, p. 1070). Nessa mesma linha segue Sarlet, afirmando que “a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada [...] a própria dignidade da pessoa” (SARLET, 2012, p. 453-454).

Por outro lado, Costa e Carvalho, embora não tratem diretamente da manutenção dos direitos sociais em caso de crises econômicas sustentam

que “o princípio da proibição do retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando sua exequibilidade” (COSTA; CARVALHO, 2011, p. 36). Por isso quando há crise econômica é necessário revisitar as políticas de determinados direitos sociais, cabendo ao judiciário apreciar se essas referidas medidas são legítimas moral e juridicamente e, também, se não ferem o núcleo essencial do mínimo para uma vida digna.

É inegável que atualmente, no Brasil, passa-se por momentos de crises tanto econômica, quanto política e jurídica, e, as reformas vêm sendo propostas como o instrumento que visa combater, principalmente, a crise econômica. Algumas medidas políticas que visam a mutação legislativa para o alcance dos benefícios, não podem ser entendidas como a violação do princípio da proibição do retrocesso social, a título de exemplo temos a malfadada reforma da previdência², a qual, ao longo dos anos, vem sendo alterada, com o intuito de dar conta da demanda prestacional a qual o Estado é obrigado.

O referido princípio está intimamente relacionado com a garantia constitucional dos direitos adquiridos, isto é, “cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular” (SARLET, 2012, p. 445). O que se entende com isso é que o retrocesso pode ter um caráter pro futuro, portanto não estaria abolindo o direito social à previdência, mas ditando requisitos diferentes dos já estabelecidos para a concretização do referido direito social àqueles que têm a expectativa de alcançar o direito.

Nesse passo, exigir a manutenção integral do nível de concretização alcançado pelo direito seria tratá-lo como regra e não como princípio, afirma Novelino (2016, p. 464). Segue o autor salientando que “uma norma que revoga medidas concretizadoras deve ser analisada, no caso concreto, à luz do postulado da proporcionalidade, a fim de que o ‘conteúdo essencial’ [...] do direito seja preservado (NOVELINO, 2016, p. 465). Com isso importa considerar que a relativização do princípio da proibição do retrocesso social em tempos de crise necessita ser analisado frente ao contexto histórico em que está inserido, ademais, a supressão ou redução do direito concretizado deve estar justificada e fundamentada em razões

2 É importante desde logo salientar que o presente artigo não se presta a analisar as modificações realizadas no instituto previdenciário à luz do princípio da proibição do retrocesso social. O que se pretende é apenas demonstrar que modificações na legislação nem sempre violam o referido princípio, mas estabelece novas condições de alcance, o que se justifica diante da complexidade das sociedades contemporâneas.

robustas, assim como em outros princípios constitucionais para que seja não ocorra a violação.

Por outro viés, a constituição de um país, representa de forma figurada, um acordo entre as partes, quais sejam, o povo e o Estado. A característica das constituições é a garantia de direitos aos cidadãos, todavia, por não poucas vezes o constituinte infla o Estado como garantidor de direitos que acabam não sendo possíveis de efetivá-los. Dessa forma, assim como a dinâmica social se modifica, os direitos, ou melhor os requisitos para adquirir alguns direitos, sofrem mutações para se adaptar à realidade. Não se defende a abolição de direitos, ao contrário, acredita-se que a constituição deve preservar esses direitos, bem como efetivá-los, no entanto, há períodos que alguns desses direitos devem ser revistos até o restabelecimento das condições que possam concretizar efetivamente os direitos mitigados.

4 CONSIDERAÇÃO FINAIS

O Brasil, prioritariamente, a partir da constituição de 1988, é uma sociedade que procurou positivar ao lado dos direitos individuais os direitos sociais, garantindo assim uma série de direitos antes estranhos aos indivíduos. Ou seja, o Brasil é um Estado Social. Pode-se afirmar que os direitos sociais agregam os direitos individuais, pois possibilitam que sujeitos possuam condições materiais de usufruir dos direitos de liberdade consagrados na constituição.

Por isso, a dicotomia existente entre direitos individuais e coletivos deve ser superada, já que os direitos se complementam e não se excluem mutuamente. Ademais, os direitos sociais têm o reconhecimento de direito fundamental, motivo pelo qual não se distingue hierarquia entre eles. Um princípio fundamental da República do Brasil, que permeia os direitos fundamentais é o da dignidade da pessoa humana, sendo assim, os direitos sociais e individuais estão sob sua guarda.

O princípio da Dignidade Humana é um princípio que tem sido empregado nos processos judiciais, em grande vulto, em todas as instâncias. Pode-se dizer que, guardadas as devidas proporções, foi de certa forma banalizado. Haja vista que na maioria das vezes para garantir esse princípio há um custo que muitas vezes é impraticável e em outras passível de escolha entre vidas humanas.

Esta dimensão clama para que este princípio seja empregado com cautela para que quando suscitado os argumentos, estes possam, ao menos,

chamar a atenção do julgador. Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana entendido de forma ampla alcança uma variedade de aspectos direta e indiretamente relacionados à vida e situação das pessoas, desde os direitos básicos até os relacionados com o meio ambiente. Nesse sentido, afirma-se que há excessivo uso dessa expressão, e como consequência a sua banalização, e por isso o seu emprego quando o tema for a efetivação dos Direitos Sociais, deve ser usado com cautela e priorizá-lo para os fatos que realmente necessitem dele.

Os direitos sociais e os direitos individuais, estão no rol dos direitos fundamentais, portanto compõem o núcleo duro da constituição, não podendo ser abolidos. Diante disso, passam a ser protegidos pelo manto do princípio da proibição do retrocesso social. Este princípio veda que qualquer direito seja revogado, restringido, sem que haja uma lei que proteja o direito conquistado. Contudo, em tempos de crise econômica um Estado não pode continuar tendo gastos com direitos sociais que extrapolem a sua arrecadação, ou mesmo quando há um déficit nessa arrecadação, nesse caso é preciso rever esse princípio.

Alguns autores brasileiros e portugueses (com os quais trabalhou-se nesse artigo) se mostram suscetíveis a uma revisão de tal princípio, no entanto, fundamentam suas teses argumentando que há de se garantir o mínimo existencial para uma vida digna, contudo defendem que em um país cuja crise assola a todos, não é possível que se mantenha as mesmas políticas de quando não havia crise.

Por isso, acredita-se que, por não existir um direito absoluto, é possível o retrocesso em alguns casos para que se possa evoluir, reforça-se que não se defende o extermínio dos direitos sociais, o mínimo existencial deve ser garantido, o que se defende é que nem todos os direitos sociais podem continuar existindo na mesma proporção quando há crise econômica.

Os cenários de crise suscitam, tanto em nível individual quanto governamental, a adoção de medidas suplementares de contenção de gastos e readequação de orçamentos. Especificamente afirmamos a necessária prevenção e planejamento quando cenários com essas características são perceptíveis. Mormente, do ponto de vista legislativo a revisão e revogação das leis e obrigações que, dada sua caducidade, em nada contribuem para o enfrentamento de dificuldades inerentes às situações adversas ou mesmo garantia de direitos fundamentais irrenunciáveis e indispensáveis para a vida humana digna e a estabilidade democrática, tanto social quanto

política. Por exemplo, programas sociais de vacinação em massa que são simultaneamente preventivos e curativos.

De outra perspectiva, embora não menos exigente e com consequências por vezes dramáticas, tanto os gestores quanto os legisladores e juízes precisam atuar com perspicácia e, acurado senso de humanidade e decisão equitativa visando eleger aquelas prioridades que são determinantes para a qualidade da vida humana, a convivência social e dos diferentes ambientes (natural, das famílias, do funcionamento das instituições, dentre outros).

A tomada de decisões responsáveis, politicamente justificadas e moralmente legítimas em situações de crise, principalmente econômica, nos ambientes democrático constitucionais supõe também o esclarecimento do público (da população em geral), a exposição transparente de dados, o chamado à ampla participação e a liderança de personalidades e políticos com amplo reconhecimento público por serviços prestados e clara trajetória de vida marcada pela honestidade pessoal e largueza de caráter.

Ademais, o Poder Judiciário, surgiu como um garantidor dos direitos, todavia um dos seus papéis, em casos como esse, é analisar se há a violação do direito, ou se os critérios para o seu alcance foram modificados. Quanto à concretização dos direitos sociais, estes devem ser efetivados pelo poder executivo, não sendo função do judiciário a concretização. Por outro lado, o legislador não pode suprimir normas que facilitem o acesso aos direitos sociais quando estes já estão concretizados, nesse passo, o Judiciário tem papel fundamental em declarar a inconstitucionalidade dos atos do legislativo.

Afirma-se, considerando cenários com essa prerrogativa que se evidencia a necessidade de tomar posições que enfrentam os direitos sociais como um direito que pode ser sim mitigado, e revisto quando há crise econômica no país. Com igual convicção, defende-se não abdução dos direitos, mas uma averiguação do alcance dos direitos, além dos critérios para simples concessão. O vigor da legislação e sua legitimidade política e institucional pode ser redimensionada em momentos de grave crise econômica, quando esta exige esforço conjunto da sociedade. O bem-comum, prerrogativa tradicional do agir social em forma de cooperação, tem aqui sua dimensão de justificar medidas drásticas que visem as condições possíveis de vida para todos e as condições de convivência social equilibradas.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? *Revista Jurídica Portucalense*, n. 21. Porto: Universidade Portucalense, 2017. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/9764>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Direito Público*, v. 34. n. 8, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1813/995>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPODVIM, 2016.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SANDKÜHLER, Hans Jörg. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Capítulo II Dos Direitos Sociais Artigo 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57. p. 5-48. out./dez. 2006.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “dignidade humana”. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

RECEBIDO EM: 14/04/2019

APROVADO EM: 17/06/2019

DECOLONIALIDADE E A PERSPECTIVA LGBTI: A EXCLUSÃO DAS SEXUALIDADES E GÊNERO PELAS CONSTRUÇÕES HEGEMÔNICAS

***DECOLONITY AND THE LGBTI PERSPECTIVE: THE
EXCLUSION OF SEXUALITIES AND GENDER BY
HEGEMONIC CONSTRUCTIONS***

Jéssica de Paula Bueno da Silva

*Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais
(UFMG). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro
Preto – UFOP. Especialização em Direito Processual pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS.*

Rainer Bomfim

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto
(UFOP). Advogado.*

Alexandre Gustavo Melo Franco

*Pós-Doutor pelo Instituto de Saúde Pública da Universidade do Porto.
Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de
Minas Gerais. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade
Federal de Minas Gerais Professor Associado do Departamento de
Direito da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Caráter Universal da História Europeia: O Hegemônico; 2 A Imposição Judaico-Cristã e os Comportamentos Aceitáveis; 3 A ciência e a Criação do “Diferente”; 4 O Conceito de Igualdade e a (In) capacidade do Direito Racional de Superar Linearidades; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este trabalho versa sobre a construção de identidades de gênero e expressão da sexualidade sob a influência da Modernidade/Colonialidade Ocidental que tem provocado a integralização de conceitos hegemônicos no cotidiano social e uma ação excludente daquilo que é “diferente”. A pretensão é apresentar uma crítica à Modernidade/Colonialidade Ocidental, questionando sua formação, o caráter universal da história Europeia, a influência judaico-cristã e das ciências sociais na formação de identidades de gênero e a capacidade de superação do Direito Racional. Trata-se de pesquisa sob o método hipotético-dedutivo pressupondo as incapacidades do Direito Racional e Estado Ocidental Moderno de superarem linearidades, tendo como referência o pensamento decolonial.

PALAVRAS-CHAVE: Expressão da Sexualidade. Identidade de Gênero. Modernidade/Colonialidade Ocidental. Pensamento Hegemônico. Direito Racional.

ABSTRACT: This work deals with the construction of gender identities and the expression of sexuality under the influence of Western Modernity that has provoked the integration of hegemonic concepts in social daily life and an exclusionary action of what is “different”. The pretension is to present a critique of Western Modernity, questioning its formation, the universal character of European history, the Judeo-Christian influence and the social sciences in the formation of gender identities and the ability to overcome it of Rational Law. It is a research under the hypothetical-deductive method presupposing the incapacities of the Rational Law and the Modern Western State of surpassing linearities, having as reference the decolonial thought.

KEYWORDS: Expression of Sexuality. Gender Identity. Western Modernity. Hegemonic Thinking. Rational Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sob a perspectiva jurídico-sociologia (GUSTIN, DIAS, 2013, p.22), visa desenvolver uma crítica à Modernidade/Colonialidade Ocidental questionando-se a sua formação e o caráter universal da história Europeia. Apresenta-se como a naturalização de conceitos hegemônicos e a influência judaico-cristã passaram a integrar o cotidiano social até se tornarem normalidades. Dentro disso estaria à formação e padronização das identidades de gênero e expressão da sexualidade que passam a ser abordadas como coisas naturais/essenciais. De tal maneira que se deslocam para fora do campo do discurso, o que não poderiam ser questionadas. Dessa forma, indaga-se o mecanismo através do qual esse sistema europeu-cristão-ocidental “padroniza” certos comportamentos a ponto de torna-los naturais e torna-os os outros dentro da lógica do binarismo como: não-naturais, irracionais, ilícitos e/ou doentes.

A relevância da discussão está em mostrar como a naturalização dos corpos e dos comportamentos carrega a integralização de conceitos hegemônicos no cotidiano social e sua ação excludente. Para isso, apresenta-se uma crítica ao “mito da Modernidade/Colonialidade”, sendo entendida como a visão etnocêntrica da história mundial. Expõe-se a perspectiva de filósofos (europeus/modernos), suas ideias de “ilustração” e “imaturidade” e a falácia de que os Europeus como povo elevado deveriam civilizar outros povos, impondo sua cultura, economia, política, religião, e naturalizando seus conceitos de tal maneira que passa despercebida para eles mesmos e para os ditos “outros” a inexistência de uma linearidade europeia na história da humanidade. Como consequência disso criou-se um padrão de ser humano e tudo o que não se encontra dentro deste é deixado à margem.

Em seguida, analisa-se a influência judaico-cristã, para isso retorna à formação e padronização de comportamentos a partir do *ethos* cristão e seu grande poder de dominação; percorre também a definição de homem e mulher já abordada no velho testamento, bem como a delimitação do sexo como unicamente reprodutivo – sendo entendido que se deve ser superado para que o homem atinja a salvação, a não superação dessas imposições e consequente naturalização. Aborda-se também a influência religiosa e sua definição de pecado, estigmatizando aquele que não se encontra no padrão judaico-cristão.

A Modernidade/Colonialidade herda tais ideias, ainda que as ressignifique para o discurso “neutro” das ciências. As ciências sociais – que possuem base ocidental e europeia – são criadas tanto como meio regulatório quanto como meio desqualificador de outros conhecimentos e culturas, pois, por se elevarem

à condição de universal pressupõem o outro como condição a ser superada em prol da evolução (LANDER, 2005, p. 9). Tal dinâmica primeiro ocorre dentro da própria sociedade europeia para posteriormente ser importada às outras nações. Por fim, o Direito Racional, inserido nesse contexto, como consequência de todo esse processo de naturalização de padrões hegemônicos, cria *caixas conceituais* as quais, ao obedecer às linearidades sociais criadas pelo padrão europeu-cristão-razional, excluem o outro. Dessa maneira, a Modernidade/Colonialidade seleciona determinados comportamentos e determinados corpos como normais e tudo o que não se “encaixa” é colocado como doença, loucura ou ilícito – e/ou uma mistura entre tais elementos.

A mulher, o negro, o indígena, por exemplo, também são classificados como menos humanos ou, o que dá no mesmo, menos racionais e, logo, como mais propensos a doenças físicas, mentais e/ou à prática de certos ilícitos. No contexto deste trabalho o outro a ser excluído são os integrantes da comunidade LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais), sendo que sua existência se apresentava como pecado e foi ressignificada pela Modernidade/Colonialidade como doença (física, mental) e/ou como crime. Isso porque elas/eles não se enquadram nos padrões tidos como normais, o que fez com que apresentassem dificuldades para serem reconhecidos como uma minoria com direito à existência em diversidade.

Dessa forma, o presente trabalho toca, então, em algumas dificuldades que essa minoria tenta superar para que seus membros possam ver-se como pessoas e terem sua condição de cidadãos de direito efetivamente garantida. Trata-se de pesquisa sob o método hipotético-dedutivo pressupondo as incapacidades do Direito Racional e Estado Ocidental Moderno de superar linearidades: assim é que o estudo procura fazer um recorte metodológico da produção científica, mais precisamente do Direito, a respeito de sua construção moderna e de como ele se mostrou excludente e sobre quais suas potencialidades de superação e de ressignificação como *locus* de processo constante de inclusão de novos direitos e de novos sujeitos de direito; possui como referência autores que trabalham com a minoria LGBTI das ciências sociais em geral, como Berenice Bento e do direito em especial, como Alexandre Bahia e Paulo Iotti, além do pensamento decolonial, com enfoque em Enrique Dussel e Boaventura de Sousa Santos.

1 O CARÁTER UNIVERSAL DA HISTÓRIA EUROPEIA: O HEGEMÔNICO

Quando algo ganha o status de hegemônico lhe é atribuído o caráter enganoso de universal; nesse contexto analisamos o caráter hegemônico da história da Europa que ganha esse aspecto dominante e colonizador, se tornando uma verdade não contestada e fora do próprio campo do

discurso. Segundo o pensamento decolonial, isso se dá, pois, a Modernidade/Colonialidade sob essa concepção europeia:

[...] pensa e organiza a totalidade do tempo e do espaço para toda a humanidade do ponto de vista de sua própria experiência, colocando sua especificidade histórico-cultural como padrão de referência superior e universal. Mas é ainda mais que isso. Este metarrelato da Modernidade é um dispositivo de conhecimento *colonial e imperial* em que se articula essa totalidade de povos, tempo e espaço como parte da organização colonial/imperial do mundo. Uma forma de organização e de ser da sociedade transforma-se mediante este dispositivo colonizador do conhecimento na forma normal do ser humano e da sociedade. As outras formas de ser, as outras formas de organização da sociedade, as outras formas de conhecimento, são transformadas não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas. São colocadas num momento *anterior* do desenvolvimento histórico da humanidade (Fabian, 1983), o que, no imaginário do progresso, enfatiza sua inferioridade. Existindo uma forma natural do ser da sociedade e do ser humano, as outras expressões culturais diferentes são vistas como essencial ou ontologicamente inferiores e, por isso, impossibilitadas de se superarem e de chegarem a ser modernas (devido principalmente à inferioridade racial). Os mais otimistas vêem-nas demandando a ação civilizatória ou modernizadora por parte daqueles que são portadores de uma cultura superior para saírem de seu primitivismo ou atraso. *Aniquilação* ou *civilização imposta* definem, destarte, os únicos destinos possíveis para os *outros*. (LANDER, 2005, p.13-14).

O risco de tal pensamento é que o eurocentrismo não se resume, porém à autocompreensão da Europa como um centro universal, mas abrange o fato de que essa crença estabelece padrões de comportamento, de sociedades e de pessoas. Dessa forma, estabelece-se o homem branco, culto, cristão, heterossexual, cisgênero, como uma unilinearidade e unidimensionalidade, uma ideia também não contestada que se renova sempre que o diferente desse padrão é novamente subalternizado. Dussel (1993) já contestava como essa ideia eurocêntrica acaba por criar o outro e a periferia das sociedades. O autor entende que a própria filosofia europeia reforçava esse estereótipo, trazendo autores como Kant e Hegel e suas obras que frisavam a necessidade de salvação e a crença na condição ilustrada da Europa. O conceito kantiano de ilustração, segundo Dussel, pode ser expressado como “a saída por si mesma da humanidade de um estado de imaturidade culpável. A preguiça e a covardia são as causas pelas quais grande parte da humanidade permanece prazerosamente nesse estado

de imaturidade” (KANT, 2012, p. 232). Hegel, que segue a mesma linha de raciocínio, defende que o caminho para esse processo emancipatório necessário é dado pela própria história europeia, entendida pelo autor como história mundial. Assim, legitima as próprias colonizações:

Por uma dialética que lhe é própria, a ser superada, em primeiro lugar, tal sociedade é levada a buscar fora dela mesma novos consumidores, e por isso busca meios para subsistir entre outros povos que lhes são inferiores quanto aos recursos que ela tem em excesso, ou, em geral, a indústria.

[...]

Este desdobramento de relações oferece também meio de colonização à qual, de forma sistemática ou esporádica, uma sociedade civil acabada é impelida. A colonização permite que uma parte de sua população, sobre o novo território, retorne ao princípio da propriedade familiar e, ao mesmo tempo, procure para si mesmo uma nova possibilidade e campo de trabalho. (HEGEL, 1997, p. 280).

Esse raciocínio¹ condena aqueles que não são europeus, que de uma situação de sub-existência passam para a condição de inexistentes, até que se dê o “encontro” com a civilização ilustrada.

Assim, faz-se clara a concepção que aqui se quer destacar da gênese da identidade eurocêntrica como força simbólica dominadora uma vez que as experiências europeias de encobrimento do outro – verificadas desde o expansionismo greco-romano, passando pelas cruzadas e pela expulsão dos mouros e judeus, pela subalternização do universo feminino e pela invasão e colonização da América e desumanização de seus povos – criaram as bases subjetivas sobre as quais o homem europeu constituiu uma Modernidade incapaz de incluir o *outsider*

1 “Nesse espírito etnocêntrico – que Dussel valora como “soberba europeia” – constrói-se a justificativa filosófica necessária à legitimação das estratégias colonialistas das nações imperialistas e da criação e preservação do poder simbólico de sua gente. Indo além, tal estrutura de pensamento não apenas dá suporte intelectual às investidas políticas e econômicas dos Estados-nação europeus, mas também fundamenta algo mais notável, qual seja, a construção tipológica, no mundo das ideias, de quais homens e de quais nações podem ser reconhecidos como tais, e, conseqüentemente, ser elevados, respectivamente, à condição de sujeitos de direitos humanos e entidades soberanas – o que parece responder à indagação feita mais acima. É dizer, o discurso desenvolvimentista que localiza na Europa o modelo final de progresso, também encontra nos atributos do homem racional europeu e nas fundações judaico-cristãs (heteronormativas, portanto, como será desenvolvido à frente) dos Estados-nação burgueses os arquétipos tanto do ser humano qualificado para ser fruidor das garantias jurídicas universais, quanto das nações qualificadas para serem reconhecidas como soberanas na esfera das relações internacionais”. (SANTOS, 2015, p. 24).

como igual. É dizer, a experiência não somente do “descobrimento”, mas fundamentalmente da “conquista” – sobre terras, corpos e mentes – será essencial na constituição do ego moderno, mas este não apenas como subjetividade, mas sim como “subjetividade dominante” que se impõe como modelo universal, e ao mesmo tempo como destruidora das particularidades. (SANTOS, 2015, p. 26).

Segundo Dussel, a ideia de Europa como Centro é reforçada com o “descobrimento” de novas terras: Colombo ao descobrir a América (em 1492) na verdade abria a porta da Europa para um “novo mundo”, dando aos Europeus sua falsa crença de perfeita localização e centro do mundo, que é reforçada em 1520 quando as primeiras embarcações contornam o globo saindo da Europa e voltando àquela. Assim, descobrir se torna constatar terras não conhecidas e ter o dever de levar os novos povos à expansão do universo ontológico que conhecem.

Após descobrir e conhecer os territórios, passa-se a uma nova etapa, dominar. Estabelece-se controle sobre os corpos e pessoas, com o fundamento na necessidade de civilizar os povos, elevá-los à condição de humanos, iluminá-los. A conquista é um processo violento de tornar o outro como si mesmo. As colonizações do mundo da vida vêm em seguida, a imposição da cultura, pedagogia, religião e economia. (SILVA, 2017, p. 61).

Depois do processo violento para conquistarem a subalternização física, começa o processo de dominação do “imaginário”. Passa-se a instituir a ideia de um Deus único e sua crença. Segundo Dussel (1993), quando o Papa Alexandre VI concede a Fernando de Aragão uma bula com o poder de domínio sobre as ilhas descobertas passa-se a defender que “agora Deus era o fundamento (Grund) do planejado. Assim como Hegel afirmava que a ‘religião é o fundamento do Estado’” (DUSSEL, 1993, p.59).

Atualmente a ideia desse domínio é vendida como o “encontro” de dois mundos, como a América abraçou a cultura Europeia para se tornar um povo misto, rico culturalmente. Mas não há um “encontro”, pois isso pressuporia uma situação de igualdade e de escolha entre as personagens, assim, a palavra “encontro” é usada de maneira a encobrir a imposição violenta do “eu” europeu e “seu” mundo sobre o “outro”. Tal crença é incorporada de tal maneira que hoje é proposta e defendida pelo povo americano, sendo motivo de orgulho e fundador de sua identidade. (SILVA, 2017, p. 62).

Desse modo, se compra a ideia de que toda a dominação de corpos, saberes, ideologias e crenças foi em prol de um “bem maior”: a civilização e ilustração de um povo bárbaro, o cumprimento de um dever para com a humanidade. Cria-se então o mito da Modernidade/Colonialidade, que justifica toda a violência e dominação. O pensamento é tão naturalizado que se desconstitui de todo o mal e, assim, a ideia do homem europeu (branco, heterossexual, cristão, civilizado) passa a ser entendida e aceita em outras culturas como padrão.

2 A IMPOSIÇÃO JUDAICO-CRISTÃ E OS COMPORTAMENTOS ACEITÁVEIS

Não se pode esquecer que inicialmente existiu também uma dominação interna, uniformizando essa ideia do próprio homem europeu e da centralidade da Europa. Nesse papel, um dos principais atores foi a religião, que desde sua raiz judaica baseada no velho testamento até sua vertente cristã foi usada como meio de regular os corpos e os povos. Assim, a religião, com seus fundamentos machistas/patriarcais, é usada para impedir as exteriorizações sexuais e de gênero.

Um dos principais propulsores da superioridade do *ethos* cristão foi Agostinho², que defendia a existência de uma filosofia verdadeira onde a razão era o meio de se atingir salvação, valendo-se da moral e justiça para afastar-se dos sentidos e experiências humanas. Defende que o homem, para estar em sintonia com o divino, deve se afastar dos desejos e pretensões da carne, para assim atingir a “iluminação interior”.

Tal perspectiva filosófica é de fulcral importância para este trabalho uma vez que ela virá a se constituir como um dos principais suportes intelectuais às políticas ocidentais modernas (em especial a partir do século XIX) de disciplinamento do corpo e das sexualidades, muito especialmente aquelas que a esta pesquisa interessam: as que não se constituem como práticas procriativas entre homem e mulher e que prescindem de um fim racional. Isto porque Agostinho sustenta sua filosofia não apenas no binarismo corpo X alma ou paixão X razão, mas também, por certo, no binarismo paulino homem X mulher. (SANTOS, 2015, p. 29).

2 “O que importa verdadeiramente na história, segundo Santo Agostinho, não é a grandeza transitória dos impérios, mas a salvação e a condenação num mundo que há de vir. A perspectiva fixa de que partiu [Agostinho] para a compreensão de acontecimentos presentes e passados é a consumação final do futuro: o juízo final e a ressurreição. Este objetivo final é a contrapartida do primeiro começo da história humana na criação e no pecado original. Relativamente a estes aspectos supra-históricos da origem e do destino, a própria história em si é um ínterim entre a revelação passada do sentido sagrada e a sua realização futura”. (LÖWITZ, 1991, p.169).

Exatamente essa visão patriarcal judaico-cristã que faz a separação entre homem e mulher estabelece quais seriam seus deveres em sociedade e na vida privada. A consequência foi à atribuição do poder ao homem e a submissão da mulher, paradigma que ao longo dos anos foi naturalizado - isto é, o padrão de homem hegemônico, macho, responsável pelo sustento da casa e titular da mulher. Posteriormente, há a falsa superação do fundamento religioso:

Não podemos nos esquecer que para a construção [...] [das instituições do Estado Moderno] nada teria sido possível sem a religião nacional. A religião é um mecanismo essencial para a uniformização de comportamentos e logo de valores, uma vez que pode estar presente em todos os espaços da vida, públicos e privado. Daí que, mesmo que formalmente, muitos estados tenham se tornado laicos no decorrer desse processo moderno, esta separação da religião é muito mais formal do que efetiva. A religião continua importante nos debates políticos e nas justificativas de decisões no plano das relações internacionais. O discurso religioso, por exemplo, tem sido recorrente para justificar ou amparar as intervenções norte-americanas em diversos países. Domenico Losurdo nos lembra que as campanhas militares promovidas pelo ocidente, que antes tinham como justificativa a religião, agora invocam os “direitos humanos” como uma religião civil de nosso tempo, ao mesmo tempo que aprofunda suas raízes na tradição judaico-cristã (MAGALHÃES, 2012, p.17-18).

Falsa, pois, o discurso religioso, que legitima a dominação, continua intrínseco ao discurso político, aos partidos políticos, aos aplicadores da lei, aos legisladores e aos governantes, que com base na moral religiosa ganham cada vez mais seguidores, como na “Guerra do Bem contra o Mal” como foi chamada pelo Governo dos EUA a guerra contra o “Terror” no início do atual século.

3 A CIÊNCIA E A CRIAÇÃO DO “DIFERENTE”

Como disfarce de superação e meio mais eficiente ainda de dominação, surge o discurso científico. Ele age da mesma maneira, inicialmente cria um padrão imposto internamente, que posteriormente com as colonizações é vendido como o natural e correto. Berenice Bento (2006) elucida que a partir do século XVII a ciência médica passa a restringir a fluidez do gênero, padronizando a tríade:

gênero³, genitália e orientação sexual⁴. Assim, a mulher nasce com vagina, que é descrita como o lugar que acomoda o pênis, órgão sexual do homem. Com essa definição não apenas há a implantação da heterocisnormatividade⁵, que é tipicamente um valor moderno, mas numa única manifestação, que se propaga até hoje, limita as expressões de gênero e de sexualidade e perpetua a submissão da mulher, significada como aquela que recebe o pênis. Neste ponto, tem-se também o discurso construído em torno da vagina como a negativa do pênis no corpo da mulher, sendo que se utilizava de

- 3 Entende-se que gênero é uma categoria em disputa por significados, operacionalizada por uma sofisticada tecnologia social heterocisnormativa efetivada por discursivos normalizantes, ou seja: questiona-se a heterossexualidade e cisgeneridade compulsórias, discursivamente produzidas nas relações sociais. Nesse contexto, as performatividades de gênero que se articulam fora deste sistema binário são presumidas como identidades transtornadas, como é o caso das mulheres transgênero, lésbicas e bissexuais. Sendo que BUTLER (2003, p.48) entende gênero como: "O gênero mostra ser performativamente no interior do discurso herdado da metafísica da substância - isto é, constituinte da identidade que supostamente é. Nesse sentido, o gênero é sempre um feito, ainda que não seja obra de um sujeito tido como preexistente à obra. No desafio de repensar as categorias do gênero fora da metafísica da substância, é mister considerar a relevância da afirmação de Nietzsche, em A genealogia da moral, de que "não há 'ser' por trás do fazer, do realizar e do tornar-se; o 'fazedor' é uma mera ficção acrescentada à obra - a obra é tudo". Numa aplicação que o próprio Nietzsche não teria antecipado ou aprovado, nós afirmariamos como corolário: não há identidade de gênero¹ por trás das expressões do gênero; essa identidade é performativamente constituída, pelas próprias "expressões" tidas como seus resultados"
- 4 Orientação sexual é entendido a partir da perspectiva trazida por BAHIA, BOMFIM (2018, p.33): "As expressões "orientação sexual" e "identidade de gênero" podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural (BORTOLINI, 2009, p. 20). De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à "atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras". Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual, bissexual, assexual, pansexual etc.(...) Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino, transgêneros (travestis e transexuais) e ainda os intersexuais. Como dito acima, como toda classificação, também essas conceituações são redutoras de complexidade. A experiência humana, inclusive quanto à sexualidade e à identidade é muito mais rica do que se pode tentar classificar. Ao fim e ao cabo, toda tentativa é mais uma manifestação tipicamente moderna de tentar encontrar normalidades e colocar tais normalidades em "caixas conceituais"(BAHIA, 2017, p. 499). O pensamento moderno - e o Direito Ocidental é filho da Modernidade - está estruturado dessa forma. Um dos grandes desafios do Direito é tentar pensar aquelas pessoas/grupos para além da "tentação" de "encaixá-las"."
- 5 Sendo que se faz necessário destacar que: "Há ainda outra dimensão importante a se considerar nessa "ordem" hierárquica, que é a heteronormatividade, ou seja, a obrigatoriedade do sistema heterossexual de organização social. Certamente, os homens brancos (não negros) e heterossexuais possuem muito mais privilégios do que o outro lado extremo dessa estrutura de desigualdade: a mulher negra, lésbica e pobre. Assim a dimensão da orientação sexual, nessa sociedade que também é heteronormativa, engendra opressões, inclusive no interior da mesma classe. Por exemplo, um homem pobre e heterossexual possui muito mais respeitabilidade do que um homem pobre gay. Contudo, um gay rico ainda que, certamente, sofra opressões, elas são diferenciadas das que sofre um gay pobre. Mas do que isso, um homem gay rico possui determinados privilégios oferecidos pela sua condição socioeconômica que um homem pobre heterossexual não possui. Tudo isso sem falar nas diversas possibilidades que a sexualidade humana possui e nos permite ter, mas que a sociedade patriarcal e heteronormativa condena. Em outras palavras, no interior do campo dos "transgressores" da heteronormatividade, existem desigualdades e preconceitos mais acentuados para alguns, como por exemplo, para as travestis." (ÁLVARO, 2013, p. 50)

argumentos supostamente biológicos para tentar acentuar a mulher como um “não-homem”.

A Colonização trouxe às mulheres a posição de sujeito mais fraco, dócil. Esses e outros elementos conjuntos da modernidade/colonialidade são estruturados num conceito chamado de Colonialidade de gênero, que foi conceituada por Maria Lugones (2014, p. 941), a qual considera que Anibal Quijano (1995) deixou de fora as diferenciações de gênero/sexo, identidade de gênero (de tal forma a presumir que todas as relações coloniais e pré-coloniais eram heterocisnormativas) e questões interseccionais⁶ ao conceituar o termo Colonialidade do Poder⁷. Assim, Lugones (2014, p. 941) conceitua que para a análise das relações coloniais tais questões mencionadas são partes integrantes e que a colonialidade de gênero se mostra como a análise da interação complexa das opressões de gênero através de aspectos econômicos, raciais, relacionados a aspectos de orientação sexual e identidade de gênero que ocorreu dentro do padrão histórico de poder modernidade/colonialidade (LUGONES, 2014, p. 941).

Dessa maneira, nos séculos XVIII e XIX, os europeus passam por uma expropriação do campo e relocação para as cidades e fábricas: surge a relação de dominação que divide a sociedade entre “o homem econômico” e a classe

6 É um conceito que foi inscrito no pensamento acadêmico pela jurista negra Kirberle Crenshaw no final dos anos de 1960 e tem é amplamente trabalhado e difundido por mulheres negras acadêmicas que se destacam na atualidade a Patrícia Hill Collins, Sueli Carneiro e Luisa Barros. O conceito de interseccionalidades, que tem divergências enquanto sua classificação de marco teórico crítica, perspectiva ou método, é entendido como uma perspectiva que compreende como um conjunto de ideias e práticas que sustentam que gênero, raça, classe, identidade de gênero, orientação sexual, categorias de religião, idade, etnia, status de cidadania e outros marcadores sociais que não podem ser assimilado de forma isolada, sendo que estes articulam padrões de poder que (re)produzem materialidades e experiências sociais desiguais, distintas e mutuamente excludentes em cada sujeita de forma coletiva e individual (CRENSHAW, 2002, p. 177; BUENO, PEREIRA, 2018, p.56). Assim, esse conceito está alicerçado numa construção emergente, que tem como característica o tensionamento e expansão dos limites dos estudos que relacionam tais categorias (BUENO, PEREIRA, 2018, p.58), sendo que reduzi-lo a uma vertente feminista não se mostra adequado, visto que, atualmente, todo feminismo deve ter interseccional, ainda mais quando se trata dos feminismos decoloniais. Ademais, o conceito é tratado no plural justamente por entender que existem diversas concepções e formas de sua utilização.

7 O conceito de colonialidade do poder, elaborado por Anibal Quijano (2005), ocupa uma centralidade nos estudos da decolonialidade, que articula as questões de raça e trabalho, pessoas e espaço que obedecem as necessidades do Capital dentro do contexto colonial que pode se perceber algum dos aspectos ligados a tais formas que esse poder de exercia/exerce (QUIJANO, 2005, p. 4). Tal conceito impôs como padrão de controle do trabalho sistema capitalista, como base na divisão internacional racial do trabalho, atribuindo padrões de trabalhos de acordo com os traços fenotípicos; para o controle e forma de autoridade coletiva forma como elemento central o Estado-nação, que fora forjado em muitas localidades; para o controle do sexo se tem a família burguesa, tendo a centralidade da mulher branca; e, por último, o paradigma eurocêntrico se demonstra como a maneira hegemônica de produção do conhecimento (QUIJANO, 2005, p. 4). Afirma também colonialidade do poder não se exauriu com fim das relações modernas/coloniais (e do Colonialismo) e é presente até hoje através de mecanismos de dominação, sendo que é reconhecido como o padrão histórico do poder.

proletária. Essa nova maneira de “civilizar” é novamente naturalizada, passando a ser o único poder de vida racionalmente possível, portanto, hegemônico.

Do século de XVII ao XIX vê-se a perpetuação de lógicas binárias, onde ao estabelecer um padrão, exclui-se a possibilidade de qualquer outro. Mas ainda é necessário outro instrumento para difundir melhor essa configuração de poder, uma plataforma de observação científica capaz de legitimar as políticas do Estado⁸, ajustando a vida do homem ao sistema de produção. Surgem então as ciências sociais como base fundamental da regulação do comportamento humano, “o nascimento das ciências sociais não é fenômeno aditivo no contexto da organização política definido pelo Estado-Nação, e sim constitutivo dos mesmos” (CASTRO-GOMEZ, 2005).

Todas as políticas e as instituições estatais, como a escola, as constituições, hospitais, prisões e o direito, são redefinidos, passando a integrar a necessidade de disciplinar paixões e organizá-las de modo a serem utilizadas para atingir, através do trabalho, o bem da humanidade⁹. Os perfis de subjetividade criados a partir das políticas e instituições culminam no fenômeno considerado por Santiago (2005) em a “invenção do outro”¹⁰. (SILVA, 2017, p. 66).

-
- 8 O Estado é entendido como a esfera em que todos os interesses encontrados na sociedade podem chegar a uma “síntese”, isto é, como o locus capaz de formular metas coletivas, válidas para todos. Para isso se exige a aplicação estrita de “critérios racionais” que permitam ao Estado canalizar os desejos, os interesses e as emoções dos cidadãos em direção às metas definidas por ele mesmo. Isto significa que o Estado moderno não somente adquire o monopólio da violência, mas que usa dela para “dirigir” racionalmente as atividades dos cidadãos, de acordo com critérios estabelecidos cientificamente de antemão. (CASTRO-GOMEZ, 2005, p.81).
- 9 A questão era ligar todos os cidadãos ao processo de produção mediante a submissão de seu tempo e de seu corpo a uma série de normas que eram definidas e legitimadas pelo conhecimento. As ciências sociais ensinam quais são as “leis” que governam a economia, a sociedade, a política e a história. O Estado, por sua vez, define suas políticas governamentais a partir desta normatividade cientificamente legitimada. (CASTRO-GOMEZ, 2005, p.81).
- 10 Ao falar de “invenção” não nos referimos somente ao modo como um certo grupo de pessoas se representa mentalmente a outras, mas nos referimos aos dispositivos de saber/poder que servem de ponto de partida para a construção dessas representações. Mais que como o “ocultamento” de uma identidade cultural preexistente, o problema do “outro” deve ser teoricamente abordado da perspectiva do processo de produção material e simbólica no qual se viram envolvidas as sociedades ocidentais a partir do século XVI. Gostaria de ilustrar este ponto recorrendo às análises da pensadora venezuelana Beatriz González Stephan, que estudou os dispositivos disciplinares de poder no contexto latino-americano do século XIX e o modo como, a partir destes dispositivos, foi possível a “invenção do outro”. González Stephan identifica três práticas disciplinares que contribuíram para forjar os cidadãos latino-americanos do século XIX: as constituições, os manuais de urbanidade e as gramáticas do idioma. Seguindo o teórico uruguaio Ángel Rama, Beatriz González Stephan constata que estas tecnologias de subjetivação possuem um denominador comum: sua legitimidade repousa na escrita. Escrever era um exercício que, no século XIX, respondia à necessidade de ordenar e instaurar a lógica da “civilização” e que antecipava o sonho modernizador das elites criollas. A palavra escrita constrói leis e identidades nacionais, planeja programas modernizadores, organiza a compreensão do mundo em termos de inclusões e exclusões. Por

Lander (2005) reforça que as ciências sociais agem de duas maneiras diferentes, de um lado abordam o estudo do presente e passado, criando uma unilinearidade temporal que conta a história da humanidade com foco na história europeia. Por outro lado, esse estudo legitima as instituições existentes como conclusões óbvias dos processos de amadurecimento da civilização, se tornando as únicas formas válidas de instituições e políticas e, conseqüentemente, “proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta” (LANDER, 2005, p.13).

Esse dispositivo perverso “naturaliza” com mais eficiência ainda as formas de organização do mundo social, o que, conseqüentemente, padroniza o tipo de ser humano legítimo. Este referencial que se pretende universal passa a ser difundido na cultura naturalizadora, o que torna ontologicamente quem está fora do padrão em inferior. Essas linearidades advindas da colonização, evangelização, imposição do desenvolvimento e de saberes científicos, se encontram em sociedade até os dias de hoje. O “desvio” do padrão imposto antes punido pela moral e religião por ser considerado “pecado” passa a ser regulado pelo Estado-nação com a nova denominação de doença psiquiátrica e/ou crime.

4 O CONCEITO DE IGUALDADE E A (IN)CAPACIDADE DO DIREITO RACIONAL DE SUPERAR LINEARIDADES

Seguindo a ideia hegemônica cuidadosamente construída de Europa como centro cultural, filosófico e social do mundo, pode-se observar que a partir de Kant – principalmente em seu livro “Metafísica dos Costumes: introdução à doutrina da virtude” – que o indivíduo, a pessoa humana, é caracterizada a partir do agir livre, sendo um fim em si mesmo e tendo consciência de que o outro também tem a capacidade de definir sua felicidade como sua própria finalidade. Não é por acaso que Kant afirma que “a natureza racional distingue-se das restantes por se pôr a si mesma um fim” (KANT, 2012, p.236), definindo como segunda fórmula de seu Imperativo Categórico, bem como definição do princípio da dignidade humana, a necessidade de se tratar a humanidade, tanto na pessoa de outrem como na de si próprio como fim, nunca como um meio. Mesmo assim:

isso o projeto fundacional da nação se leva a cabo mediante a implementação de instituições legitimadas pela letra (escolas, hospitais, oficinas, prisões) e de discursos hegemônicos (mapas, gramáticas, constituições, manuais, tratados de higiene) que regulamentam a conduta dos atores sociais, estabelecem fronteiras entre uns e outros e lhes transmitem a certeza de existir dentro ou fora dos limites definidos por essa legalidade escriturária (González Stephan, 1996). (CASTRO-GOMEZ, 2005, p.81).

Graves violações de Direitos Humanos havidas no período e que puderam contar com o uso de normas e instituições para obter, facilitar, ou, ao menos, não impedir seu sucesso. É importante lembrar que os horrores do nazi-fascismo (e/ou do stalinismo/maoísmo e outras ditaduras do século XX) ocorreram após décadas de consolidação das grandes revoluções liberais – a Gloriosa, da Inglaterra (1688), a estadunidense (1776), a francesa (1789) e a haitiana (1791) – que inspiraram todo o mundo Ocidental com as máximas iluministas de igualdade, liberdade, individualidade e império da razão (BAHIA, 2017, p.484).

Após a 2ª Guerra Mundial o direito tenta dar resposta à crise de legitimidade frente às recorrentes violações dos direitos humanos, justificadas no próprio ordenamento. Uma releitura do direito liberal provoca novas obrigações do Estado em proteger a “dignidade humana”, além da materialização dos direitos individuais e criar meios de e de criar meios de garantia de não violação de todo esse conjunto. Contudo tal consolidação ainda é frágil, pois mantém *caixas conceituais* que ao firmar certos padrões de comportamento ou titulares de direito exclui todos aqueles que não atendem ao padrão:

[O] paradigma liberal do Direito (...) é cego a alguns problemas: apesar de afirmar a liberdade de todos, persistiu a escravidão, durante longo período, mesmo nos Estados Unidos da América – EUA com a Declaração de Virgínia; apesar de se afirmar a igualdade, nem todos votam – e menos ainda podem ser votados; apesar de falar em propriedade, a maioria apenas é proprietária apenas do próprio corpo. (BAHIA, 2017, p. 484).

A Igualdade importada com as revoluções iluministas foi inculpada no art. 5º da CF/88, prevendo tratamento igualitário a todos perante a lei. Mas essa igualdade formal ou isonômica, não é suficiente. Descarta as diferenças do ponto de vista econômico, social, ou cultural. Torna o Estado cego às diferenças, agindo com uma pressuposição de que todos possuem as mesmas capacidades econômicas e sociais para usufruírem e exigirem os seus direitos.

A partir da segunda metade do século XX surge, como tentativa de superação das limitações da igualdade formal, a Igualdade Material, que pressupõe que todos passariam a ter igualdade de condições no plano fático, partindo de uma discriminação formal/legal, que permitiria criar medidas jurídicas compensatórias e, assim, elevar todos à condição de igualdade “real” – ou equidade (BAHIA, 2017).

Como já adiantando, no entanto, tal ideal de equidade é planejador, “esquecendo” de questionar que o problema da igualdade não se resolve homogeneizando pessoas e grupos a partir de critérios econômicos e sociais e mais, que mesmo tais políticas só podem ser feitas com a participação dos envolvidos e não de forma tecnocrática (HABERMAS, 1997, p. 99), tornando a população *cliente* daquele Estado, não lhes dando condições reais de superação e, mais uma vez, perpetuando novas *caixas conceituais*.

Dentro desse contexto de exclusão se encontra a comunidade LGBTI, que não se adequando às *caixas conceituais jurídicas* – uma vez que está em posição uma de inferioridade (não isonomia) que (também) não pode ser resolvida por nivelamentos de natureza econômico-social –, tem seus direitos a proteção da vida, a integridade física, a liberdade de expressão, entre tantos outros, negados ou diluídos em prol de “valores superiores”: sejam estes a afirmação dos princípios abstratos/imateriais de liberdade e igualdade (inclusive em suas versões de “leitura econômica do Direito”), seja naquelas ideias de que primeiro se deve dar prioridade a questões econômicas de classe (superestrutura) para, então, depois, se pensar em “questões burguesas menores”.

Os integrantes da minoria LGBTI sofrem desde criança com a doutrinação que visa à propagação de certa aparência ou padrão de comportamento de acordo com a genitália, que, como discutido acima se tornou o natural e não questionado. Essas pessoas se encontram à margem do direito, reféns de um preconceito que os afeta na educação, no ambiente de trabalho e na vida em sociedade que julga ter poder sobre sua vida íntima, os estigmatizando ao associá-los a doenças, prostituição, uso de drogas, etc. No mundo moderno do Direito, mesmo após sua releitura social, eles permanecem como não-incluídos, como “desqualificados cívicos” (BAHIA; SANTOS, 2015; SANTOS, 2015) – ou, por analogia à categoria de Jessé Souza, são “ralé estrutural” (2009). A consequência disso é que eles são uma minoria que, por não serem “enquadráveis” no Direito, não são sujeitos de direito em sua integralidade; logo, como minoria, suas vidas – e suas mortes e exclusão – não contam. É esse a forma com que a Modernidade/Colonialidade se apresenta aos sujeitos LGBTI, como uma maneira de garantir a sua exclusão por não enquadrar no padrão. Esses sujeitos já foram de loucos, doentes e, permanecem, excluídos dentro da sociedade moderna/colonial.

Nesse sentido, existem sujeitos que não são reconhecidos enquanto tais e vidas que jamais serão reconhecidas como vidas (BUTLER, 2016, p. 16-17). E, se esses “sujeitos” e essas “vidas” não são registrados, sua perda também não será computada ou lamentada. Assim, “a condição

de ser enlutada é uma condição para toda vida que importa (...), sem a condição de ser enlutada, não há vida (...), há algo que está vivo, mas que é diferente de uma vida” (BUTLER, 2016, p. 33). Nessa perspectiva, as vidas LGBTIs não são passíveis de luto, pois não são, nem mesmo, categorizadas como vidas válidas, de modo que passam a ser sujeitos descartáveis, o que aumenta sua condição precária com relação ao restante dos indivíduos, sendo alvos constantes das mais diversas formas de violência (LELIS, 2018, p. 30).

Mesmo considerando que a juridificação das questões LGBTI em normas não seja suficiente para eliminar a discriminação social, que sejam necessárias outras ações políticas, é preciso reconhecer que qualquer política pública parte do direito para poder ser realizada. O Direito pode permanecer como instrumento de opressão, pode ser usado como meio de afirmação apenas simbólico (Bourdieu), mas pode também ser meio para giros copernicanos pelos quais uma sociedade resolve se reinventar provocando mudanças estruturais.

Mesmo com as diversas ações do STF e projetos de lei existentes¹¹ – que tratam de situações tão básicas como a proteção à vida, o combate ao preconceito institucionalizado, a possibilidade de doação de sangue, a proteção da integridade física, etc. –, a não aprovação ou não julgamento desses processos por tempo demasiado longo demonstra que mais uma vez, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o conceito moderno de igualdade deve ser alterado, o Estado não pode nem de um lado ser cego às diferenças e tratar a todos como pretensamente iguais e nem homogeneizar a sociedade¹². O tratamento correto de igualdade para minorias sexuais excluídas das capacidades conceituais do (até então construídas pelo) Direito deve considerar uma terceira dimensão: a igualdade como diversidade (BAHIA, 2017), para a partir de então haver o reconhecimento de que as sociedades são plurais, podendo nascer a busca por novos direitos e também novos movimentos sociais.

11 PL nº 7582/2014, PL nº 6424/2013, PL nº 379/2003, PL nº 1531/2015, PL nº 8032/2014, PDC nº 422/2016, e MI nº 4733, ADO nº 26 e ADI nº 5543.

12 Lembra-se também que essa análise da demora dos casos relativos a população LGBTI não está adstrita apenas ao Brasil, como também foi analisado por BAHIA, BOMFIM (2018, p. 48), que estão presentes nos casos relativos ao julgamento de demanda LGBTI na Corte Interamericana de Direitos Humanos, veja-se: Um aspecto negativo que se observa é o tempo de demora em relação ao ajuizamento da petição até a admissibilidade na Corte IDH, sendo que os casos todos os casos analisados demoraram no mínimo de 8 anos para os petionários obterem a sentença da Corte. Sendo que a tramitação dos casos foram: Atala Riffó y Niñas vs. Chile (2004-2012) de 8 anos, Duque vs. Colômbia (2005-2016) de 11 anos e Flor Freire vs. Equador (2002-2016) de 14 anos.”

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito moderno, ocidental, europeu, cristão e patriarcal deve ser superado (ou reconfigurado) de maneira a superar perspectivas binárias reducionistas da realidade. A própria variedade contida na sigla LGBTI (e que nem de longe abarca toda a diversidade de identidades de gênero e orientações sexuais) mostra que mesmo tentativas do Direito de tentar criar novas caixas conceituais para “enquadrar” essa minoria são redutoras de complexidade e, logo, excludentes e inaceitáveis nessa quadra de século.

Pode-se constatar que mesmo com a efetiva ampliação do conceito de igualdade para ser entendida como diversidade, o caminho ainda é muito mais conturbado. As diversas naturalizações que adentraram o direito e a sociedade no geral e se tornaram parte como um preconceito naturalizado ainda precisa ser combatido e, enquanto não houver essa desconstrução interna, o direito não será capaz de lidar com a diversidade de maneira plural, ao invés de criar outra *caixa conceitual* que reiteradamente exclui ao incluir.

O direito e a sociedade atual são resultados de uma construção que perpetua através dos anos, tendo o poder de naturalizar as pessoas, as instituições, as sociedades, as expressões de gênero e as expressões da sexualidade. Enquanto não houver uma desconstrução real desse cerne social ainda haverá o preconceito de raça, cor, gênero e orientação sexual. Enquanto existirem *caixas conceituais* haverá o “outro” e o diferente. Deve-se encarar a história de colonização de crenças, saberes, sexualidades, gêneros e povos e, da própria instituição do poder para se começar a pensar em como emancipar o direito, antes de acreditar que esse é detentor do direito de emancipar.

REFERÊNCIAS:

AMBROSINO, Brandon. *Como foi criada a homossexualidade como a conhecemos hoje*. BBC Brasil, 11.06.2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-40093671>>. acesso em: 28 jun. 2017 às 21:00.

ÁLVARO, Miria Cisne. *Feminismo, lutas de classe e consciência militante feminista no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Serviço Social). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO ESTRATÉGICA DO PGR. *Transexuais têm direito a mudar nome e sexo no registro civil*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/transexuais-tem-direito-a-mudar-nome-e-sexo-no-registro-civil-mesmo-sem-cirurgia-defende-pgr>>. Acesso em: 23 jun. 2017 às 17:02.

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes. Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 481-506.

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes; SANTOS, Daniel Moraes dos. Desqualificados cívicos: o não reconhecimento como entrave aos direitos fundamentais da comunidade LBTBT e a necessidade de superação do estado moderno. In: ALVES, Cândice L. (org.). *Vulnerabilidades e invisibilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 145-166.

BARROS, Renata Furtado de. *Direitos Humanos: um debate contemporâneo*. Organizadoras: Renata Furtado de Barros e Paula Maria Tecles de Lara. Raleigh, Carolina do Norte, Estados Unidos da America: Lulu Publishing, 2012. p. 89-139.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ficha de Tramitação PL 5002/13*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 24 jun. 2017 às 15:00.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE. n. 670.422*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>>. Acesso em: 24 jun. 2017 às 16:05.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE. n. 845.779*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>>. Acesso em: 24 jun. 2017 às 16:00.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond. 2006.

BUENOW, PEREIRA, L. A interseccionalidade como ferramenta para a justiça : analisando a experiência da Themis. *Revista Themis Genero, Justiça e Direitos Humanos*, v. 3, p. 52-64, 2018

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAIXETA, Ricardo Lima. *O Estado no sistema-mundo moderno: um estudo sobre permanências baseado na obra de Immanuel Wallerstein*. Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Direito Público da Faculdade

de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo sob a orientação da Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro. Ribeirão Preto, 2018.

CASTRO-GOMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro. In LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. LANDER, Edgardo (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.

CRENSHAW, Kimberlè Williams. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Salvador, *Revista Estudos Feministas*, n.1, p.177, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro. A origem do “mito da Modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de SOUSA; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2013. p. 22-25

HABERMAS, Jürgen. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 47, p. 85-102, março 1997.

HEGEL, Georg W. F. *Os princípios da filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fonseca, 1997.

LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. LANDER, Edgardo (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.

LELIS, Rafael Carrano. *Em Busca das Cores Latino-americanas: uma análise da proteção constitucional dos direitos lgbtis na américa latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LÖWITH, Karl. *O sentido da história*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1991.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 320, set./dez. 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Eduardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005

QUINTELLA, Felipe. *Repensando o Direito Civil Brasileiro*. Gen Jurídico, 26.05.2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/05/26/repensando-o-direito-civil-brasileiro-19-o-direito-identidade-de-genero-e-o-nome-das-pessoas-transexuais/>>. acessado em 28/06/2017 às 12:15.

RIBEIRO DOS SANTOS, A. Implicações Bioéticas no Atendimento de Saúde ao Público LGTTT. *Revista Bioética*, v. 23, p. 400-408, 2015.

RIOS, Roger R. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, p. 331-353, 2015.

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

SANTOS, Daniel Moraes dos. *Eurocentrismo, Estado Nacional e “humanos direitos”*: por que o Brasil não tem sido capaz de garantir os direitos das pessoas LGTTTTT? Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da PUC-Minas, sob orientação do Prof. Dr. Leonardo Nemer. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDF/SilverStream/Pages/pg_ConsItem.html?AgEventLink0=S284_RO_298_&url_arquivo=http%3a%2f%2fwww.biblioteca.pucminas.br%2feses%2fDireito_SantosDM_1.pdf>.

SILVA, Jéssica de Paula Bueno da. A Construção das Identidades de Gênero na Modernidade Ocidental: a incapacidade do direito em reconhecer as/os transexuais. *XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA*, 2017, São Luís. Gênero, sexualidade e direito I. FLORIANOPÓLIS: *CONPEDI*, 2017. v. G326. p. 56-73. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/87c3w5u1/Pz685E446m2BM473.pdf>>.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

RECEBIDO EM: 16/10/2019

APROVADO EM: 14/19/2020

O AUXÍLIO-MORADIA PELA PERSPECTIVA DA TEORIA DA JUSTIÇA DESCRITA POR JOHN RAWLS

*THE HOUSING AID FOR THE PERSPECTIVE OF THEORY
OF JUSTICE DESCRIBED BY JOHN RAWLS*

Leticia Bartelega Domingueti

Mestranda em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela instituição de ensino LFG. Advogada em escritório próprio. Advogada do CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) de Varginha/MG.

Rafael Alem Mello Ferreira

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas: FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-MG.

SUMÁRIO: 1. O auxílio-moradia no Brasil; 2. A controvérsia; 3. O véu da ignorância descrito por John Rawls; 4. A Teoria da Justiça e as questões morais; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O referido artigo científico foi realizado visando analisar a decisão liminar monocrática proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, a respeito do pagamento do auxílio-moradia aos Magistrados, Membros do Ministério Público, da Procuradoria e dos Tribunais de Contas. Tal análise foi produzida tendo em vista as disposições constantes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), que define que a concessão de medidas cautelares é do Plenário das Turmas, e não dos ministros, por decisão individual. Também foram utilizados os ensinamentos de John Rawls baseados no Véu da Ignorância e na Teoria da Justiça por ele descritos, em que, na primeira, a única forma possível para que uma sociedade alcançasse a liberdade fundamental ou o bem comum seria remeter os tomadores de decisão à posição original, momento no qual os pensamentos, opiniões e atitudes seriam imparciais, baseadas em senso de verdade e justiça. Quanto ao segundo, observamos a necessidade de analisar o ordenamento jurídico segundo condições de igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-Moradia. Decisão Monocrática. Véu da Ignorância. Teoria da Justiça. Benefícios.

ABSTRACT: This scientific article was carried out in order to analyze the monocratic injunction pronounced by the Minister of the Federal Supreme Court (STF) Luiz Fux, regarding the payment of housing assistance to Magistrates, Members of the Public Prosecutor's Office, the Prosecutor's Office and the Audit Courts. This analysis was produced in view of the provisions contained in the Internal Regulation of the Federal Supreme Court (RISTF), which defines that the granting of precautionary measures is from the Plenary of the Classes, and not from the ministers, by individual decision. Also used were the teachings of John Rawls based on the Veil of Ignorance and the Theory of Justice described by him, in which, in the first, the only possible way for a society to attain fundamental freedom or the common good would be to refer decision makers to the original position, at which moment the thoughts, opinions and attitudes would be impartial, based on a sense of truth and justice. Concerning the second, we observe the need to analyze the legal order according to equality conditions.

KEYWORDS: Housing Assistance. Monocratic Decision. Veil of Ignorance. Theory of Justice. Benefits.

INTRODUÇÃO

O auxílio-moradia concedido aos Magistrados, membros do Ministério Público, Procuradorias e Tribunais de Contas é um tema que vem há muito sendo discutido, quando, por meio de uma medida liminar monocrática, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, concedeu a eles a possibilidade de receber essa vantagem quando cumprissem certos requisitos.

A questão principal gira em torno do fato de que, ao deliberar monocraticamente, o Ministro não respeitou as disposições constantes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), que possui regramentos sobre a sua atuação.

Isso porque, o RISTF dispõe que a competência para a concessão de medidas cautelares é do Plenário das Turmas, e não dos ministros, por decisão individual. (BRASIL, 2019).

Observamos a probabilidade de que tal decisão tenha sido tomada em desconformidade com o ordenamento jurídico, baseando-se em suas convicções pessoais.

Nesse sentido, a Teoria da Justiça e o Véu da Ignorância descritos por John Rawls dispõe sobre a necessidade da tomada de decisões de maneira imparcial, sem que o aplicador da norma tome decisões baseando-se em critérios pessoais. (RAWLS, 1998).

Ademais, é necessário que a criação e aplicação das formas sejam realizadas de modo a garantir que todos sejam tratados da mesma forma, sem privilégios de quaisquer naturezas e também considerando os impactos financeiros da tomada de suas decisões.

1 O AUXÍLIO-MORADIA NO BRASIL

O pagamento do auxílio-moradia aos magistrados é um benefício estabelecido desde 1979 na Lei Orgânica da Magistratura (Loman), com a finalidade de indenizar juízes e desembargadores que não possuíssem residência oficial.¹

1 Art. 65 da LC nº 35 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: (...) II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado. (BRASIL, 1979).

Porém, o benefício só foi regulamentado em 2014, por meio de uma medida liminar concedida pelo ministro do STF Luiz Fux, quando passou a ser recebido por 70% dos magistrados brasileiros, independentemente de possuírem, ou não, casa própria na localidade em que exerciam seu múnus.

Em novembro de 2018, o Ministro do STF Luiz Fux revoga liminarmente o auxílio-moradia por ele mesmo instituído, devido ao reajuste de 16,38% nos salários dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que geraria um “efeito cascata” beneficiando membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, das Defensorias Públicas, das Procuradorias, dos Tribunais de Contas ou de qualquer outra carreira jurídica. (CURY; PIRES; PUPO, 2018).

Em 18 de dezembro de 2018, o CNJ aprovou auxílio-moradia mais restritivo, que deveria ser aplicado aos juízes, membros do Ministério Público brasileiro e dos Tribunais de Contas, com ressarcimento de até R\$ 4.377,73 (quatro mil, trezentos e setenta e sete reais), para aqueles que cumprirem uma série de requisitos. (BRIGIDO, 2018).

Os pressupostos estabelecidos foram: não haver imóvel funcional à disposição; se o cônjuge não receber auxílio nem ocupar móvel funcional; ele ou o cônjuge não terem imóvel na comarca onde atuem; estiver em cidade diferente da comarca original. (BRIGIDO, 2018).

Em janeiro de 2019, o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro João Otávio de Noronha regulamentou as regras do auxílio-moradia já estabelecidas em dezembro do ano anterior pelo CNJ.

Acredita-se que 1% dos magistrados brasileiros preencherão os requisitos estabelecidos para o recebimento do benefício, ou seja, 180 magistrados.

2 A CONTROVÉRSIA

Por se tratar de verba indenizatória, o auxílio-moradia não compõe a base de cálculo dos proventos dos Magistrados, Membros do Ministério Público e Procuradores, que é o subsídio dos ministros do STF, assim como define a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XI. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, observa-se, na prática, que a remuneração daqueles que fazem jus ao auxílio-moradia é superior ao valor máximo permitido pela Constituição Federal, porém, tais proventos possuem natureza legal.

Crítica-se, ainda, o fato de que os proventos recebidos à título de auxílio-moradia não podem ser tributáveis devido ao fato de que tais verbas são classificadas como indenizatórias. Nesse sentido, a crítica dispõe que, por se tratar de um valor muito superior ao recebido pela grande maioria da população da brasileira, tal adicional deveria também ser tributável.

Ademais, há um debate moral sobre a questão, vez que se observa que alguns magistrados e potenciais receptores da vantagem afirmam que optaram por não receber a verba indenizatória por questões éticas, ou seja, por vislumbrarem a desnecessidade da recepção desse valor, além do subsídio já fixado constitucionalmente, quando comparado com os proventos da maioria da população brasileira.

Quando fala sobre a moral, Dworkin discorre sobre a necessidade de que as decisões, e neste caso também aquelas tomadas por cada um dos magistrados em benefício próprio, sejam coerentes e íntegras, ou seja, os argumentos, os motivos pelos quais a decisão é tomada, devem ser integrados ao conjunto do direito e deve guardar uma relação de paridade entre as demais decisões. (DWORKIN, 2011).

A coerência e a integridade, nesse caso, podem ser considerados como uma garantia contra arbitrariedades praticadas quando da tomada de decisões. Assim, seu principal objetivo é assegurar que o princípio da igualdade seja preservado, ou seja, as decisões devem ser proferidas da mesma forma para todos os casos. Além disso, é fundamental que reflitam, em todos os casos, os princípios constitucionais, garantindo que todos os cidadãos estejam amparados por decisões justas, e que não prejudiquem, direta ou indiretamente, quem quer que seja.

Nesse sentido, ressaltamos a importância de levar o texto jurídico a sério, de modo que toda decisão em que se constate que não foram obedecidas os preceitos advindos da coerência e da integridade seja recorrível. Ou seja, toda decisão que puder ser considerada incoerente ou não íntegra, será digna de ser reformada, a fim de que a resposta correta seja encontrada. (STRECK, 2020).

Respeitar e agir de forma coerente e íntegra significa tomar decisões de maneira racional. Significa respeitar o objetivo pelo qual as leis são criadas e aplicadas: para que se possa falar em segurança jurídica.

Ainda, quando se fala sobre condutas morais, é possível relacioná-las à ética descrita por Ronald Dworkin em diversas obras. Então, observa-se que a responsabilidade ética possui estreita relação com a “sabedoria ética”, termo criado por ele (DWORKIN, 2011).

Nesse sentido, o ato de viver bem estaria diretamente relacionado a ter uma conduta ética, ou seja, aquele que age segundo seus princípios, agindo segundo a ética e a moral, conseqüentemente encontrará a felicidade (DWORKIN, 2011).

Assim, é possível concluir, a partir destes ensinamentos, que viver bem e viver de maneira ética podem ser consideradas a mesma coisa e que o valor da vida está em como se vive, e não necessariamente no resultado final atingido (DWORKIN, 2011).

Em relação as posturas teóricas sobre esse tema, observa-se a possibilidade de emissão de juízos sobre os discursos morais sem a necessidade de que esse juízo seja em si mesmo moral (JUNG, 2016).

Além de tudo o que foi acima exposto, resta a questão mais importante, que trata da usurpação da competência do colegiado, quando se observa o modo como a sociedade se tornou completamente indefesa diante uma decisão impessoal de apenas um ministro do STF. (LUCIANO; PEREIRA, 2016).

Isso, sem considerar o enorme dano causado aos cofres públicos, a ilegalidade e a inconstitucionalidade dessas decisões do Ministro do STF. (LUCIANO; PEREIRA, 2016).

Observando-se o Regimento Interno do STF, denominado RISTF, a competência para a concessão de medidas cautelares é do Plenário das Turmas, e não dos ministros, por decisão individual. Vejamos, *in verbis*:

Art. 8º do RISTF – Compete ao Plenário e às Turmas, nos feitos de sua competência: I – julgar o agravo regimental, o de instrumento, os embargos declaratórios e as medidas cautelares; (BRASIL, 2019).

Ademais, o artigo 21, incisos IV e V do RISTF, determina que cabe ao relator a submissão das medidas cautelares ao Plenário ou à Turma do STF e que apenas de forma excepcional, em se tratando de situações peculiares, poderia haver a possibilidade da concessão de medidas cautelares monocráticas, que, por conseguinte devem se submeter ao referendo do colegiado. (BRASIL, 2019).

Observa-se que nessas situações ditas peculiares, que deverão ser justificadas por razões de extrema urgência e premente necessidade, não estão inseridas as ações originárias no âmbito das quais o ministro Luiz Fux proferiu suas decisões. (LUCIANO; PEREIRA, 2016).

No mesmo sentido afirma Lênio Luiz Streck, referindo-se à excepcionalidade da possibilidade de decisões monocráticas de ministros do STF em se tratando de medidas cautelares:

Em resumo: Por se tratar de situação excepcional, a decisão monocrática que concede liminar e em procedimento abreviado só faz sentido quando for levada rapidamente ao plenário (*full bench*). O constrangimento para sua colocação em pauta deveria ser tanto maior. Por isso, posso afirmar que não há o que ‘ponderar’ (*Abwägung* de Alexy); há, sim, apenas o ‘dever’ (*has a duty* de Dworkin) de decidir. Penso, desse modo, estar colaborando com a Suprema Corte de meu país, além de contribuir — e essa, repito, é a tarefa da doutrina — para uma melhor prestação da jurisdição constitucional, na busca de uma melhor relação entre os Poderes da República. (STRECK, 2014).

Portanto, clarividente está a patente ilegalidade da forma por meio da qual o auxílio-moradia voltou a ser oferecido aos Magistrados, Membros do Ministério Público, de Procuradorias e de Tribunais de Contas.

Sem que haja um motivo real não há a possibilidade de que ministros do STF, monocraticamente, resolvam conceder medidas cautelares, seja em ações diretas ou originárias. (LUCIANO; PEREIRA, 2016).

Observa-se que a decisão monocrática que concede uma liminar deve ser totalmente excepcional, o que deveria ser respeitado, a fim de garantir a estabilidade constitucional e também a harmonia entre os poderes.

A norma que estabelece a necessidade de submissão da decisão monocrática ao colegiado possui como função garantir a estabilidade e a segurança jurídica, uma vez que se trata do Tribunal com maior poder de decisão no país.

A consciente ausência de cumprimento do que dispõe o RISTF pelo ministro é uma clara demonstração de ausência de apego às regras e de instabilidade jurídica, o que vem se observando, ainda, em outras situações, quando o julgador se utiliza de suas convicções pessoais em detrimento do que é estabelecido em lei.

Nesse sentido, importante mencionar a teoria crítica quando fala da exigência da concretização de possibilidades escamoteadas, ou seja, se há a possibilidade de trabalhar com um sistema jurídico legítimo, porque nos contentarmos com um sistema jurídico pior? (FERREIRA, 2019).

Quando se fala sobre democracia, observa-se que a vontade estatal não é nem pode ser sinônimo da vontade do juiz, pois a decisão deve ser fruto da democracia (FERREIRA, 2019).

Na mesma linha de raciocínio Lenio Streck afirma que:

Embora sejam os tribunais que, ao final, detém a última palavra, isso não quer dizer que eles não se equivoquem e, tampouco, significa que suas decisões não possam ser questionadas e, sempre que necessário, criticadas” (STRECK, 2017).

A democracia, então, só pode ser amplamente alcançada e mantida quando as decisões refletem o ideal da resposta correta defendido por Ronald Dworkin, ou seja, decisões que são corretas e aplicadas a todos os casos indistintamente. Apenas decisões como estas são aptas a garantir a segurança jurídica almejada em todos os casos (DWOKIN, 2011).

Isso não significa dizer que seja possível que as decisões sejam de todo imparciais. Isso porque, naturalmente, as decisões tomadas passam, antes disso, por um processo de interpretação, e neste ponto, as concepções pessoais do julgador são consideradas.

A interpretação é o fato de que, ao se deparar com determinada situação, o sujeito de imediato atribui sentido a ela a partir de suas pré-concepções ou a partir de determinado caso concreto, como o que se discute neste artigo.

O que não se pode admitir, portanto, é que tais decisões sejam baseadas em ativismos, ou seja, decisões que não respeitam a legislação vigente, e são tomadas de modo a privilegiar apenas uma parte da população. Decisões como estas causam insegurança jurídica e conseqüentemente culminam na perda de direitos de todos os cidadãos.

Resta, portanto, o questionamento a respeito da aceitação da tomada de tais decisões arbitrárias, relacionando-as a ausência de questionamento de sua ilegalidade, mesmo pelas escalas mais altas de poder.

O questionamento e a não aceitação são fundamentais para que seja possível o início de uma mudança. Há que se mencionar que se for necessário aceitar a tomada de decisões de maneira parcial, sem conseqüências, não há motivo para que os juristas se empenhem e dediquem-se no estudo do direito como um todo.

Isso porque, não há, no RISTF, menção a qualquer sanção a ser aplicada no caso de descumprimento de suas decisões. Talvez porque esperava-se que, em se tratando de ministros do STF, garantidores do cumprimento das normas existentes no ordenamento jurídico, tal descumprimento fosse inimaginável.

Talvez, ainda, porque não se deveria esperar outra conduta que não fosse o cumprimento do dever moral que é respeitar as disposições existentes em seu próprio regimento, o que vemos agora ser impossível de esperar-se.

Nesse sentido, Ronald Dworkin estuda a igualdade partindo do princípio igualitário abstrato. De acordo com tal princípio, deve ser um objetivo do governo melhorar a vida dos cidadãos, com igual consideração pela vida de cada um deles (DWORKIN, 2005).

Sabe-se que o governo e a política enfrentam muitos problemas, que não podem ser resolvidos sem que haja uma interpretação adequada

do caso concreto, em que sejam considerados todos os fatores e possibilidades.

Ainda de acordo com Dworkin, a igualdade, que também se insere nesse contexto, conforme se verá abaixo, é espécie ameaçada de extinção entre os ideais políticos. Nesse sentido, nenhum governo pode dar as costas para a igualdade e decidir com base nos interesses de alguns membros (DWORKIN, 2005). Portanto, a ponderação para a tomada de decisões é sempre o ideal a se buscar.

3 O VÉU DA IGNORÂNCIA DESCRITO POR JOHN RAWLS

Para John Rawls, a única forma possível para que uma sociedade alcançasse a liberdade fundamental ou o bem comum seria estar sob o véu da ignorância, remetidos à posição original, momento no qual os pensamentos, opiniões e atitudes seriam imparciais, baseadas em senso de verdade e justiça, dissociados de qualquer tipo de tendencionismo baseado em direitos particulares. (RAWLS, 1998).

Dessa concepção entende Rawls que o contrato social é uma espécie de acordo hipotético em uma posição original de equidade. (RAWLS, 1998). Ele, na realidade, faz um convite para que façamos o raciocínio sobre os princípios que nós – como pessoas racionais e com interesses próprios – escolheríamos caso estivéssemos nessa posição.

Ele não parte do pressuposto de que todos sejamos motivados apenas pelo interesse próprio na vida real; pede que deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas para realizar essa experiência imaginária. (SANDEL, 2012).

Nesse sentido, Rawls nos convida a estar na posição original, sob o véu da ignorância, a fim de desconsiderarmos fatores externos quando da apresentação de nossas ideias e concepções, e, para isso, devemos desconsiderar nossa posição social, religião, etnia ou qualquer outro fator que possa influenciar ou descaracterizar uma opinião destituída de parcialidade.

A teoria de Rawls sobre a posição original pode ser considerada como o início da “justiça como equidade” propriamente quando se refere à resolução de problemas de justiça nos termos de uma teoria da escolha racional. (RAWLS, 1998).

A ação humana pode ser compreendida por meio de cálculos racionais em que são considerados os próprios interesses, sem presumir que haverá um

comportamento moral, mas considerando, por exemplo, a competitividade e a cooperação na elaboração de um plano racional individual, dentro da sociedade em que se verifica um jogo político.

É fundamental mencionar que, para que seja realizada uma análise impessoal acerca do recebimento do auxílio-moradia no Brasil, é necessário que àqueles que fizerem a análise se utilizem do véu da ignorância mencionado por John Rawls, a fim de que não tenham opiniões tendenciosas.

Isso porque, não há a possibilidade de que tal análise seja feita sem que ela seja de todo impessoal. Ou seja, sem que o autor se veja na pessoa do recebedor do benefício, ou até mesmo daquele que o condena.

Se considerarmos o gigantesco valor necessário para custear o auxílio-moradia concedido por meio de medida liminar pelo Ministro, concluímos pela necessidade de que os aplicadores das normas também se utilizem do véu da ignorância, a fim de que sejam evitadas práticas arbitrárias que culminem por prejudicar toda uma nação.

O véu da ignorância pode ser considerado como um ponto de partida equitativo em que o justo seria alcançado sem interferências. Isso porque, a partir do momento em que ninguém saiba sobre sua classe social, posição na sociedade, habilidades e possibilidades, as decisões seriam tomadas de modo a beneficiar todos os envolvidos, uma vez que não seria possível determinar em qual posição social cada um dos cidadãos estaria. (RAWLS, 1998).

Ao ensejo, o Ministro Luiz Fux, quando da decisão monocrática que restabeleceu o auxílio-moradia, afirmou não ser beneficiário da medida, motivo pelo qual não estaria decidindo de maneira parcial e, sim, utilizando-se de critérios impessoais para a tomada de sua decisão.

Porém, em se tratando de questões morais, resta o questionamento a respeito de que, se realmente não há traços de personalidade ou tendencionismo na decisão por ele tomada, qual seria o motivo apto a justificar uma deliberação contrária ao regimento que dispõe sobre normas a respeito de sua própria profissão.

4 A TEORIA DA JUSTIÇA E AS QUESTÕES MORAIS

No que se relaciona com a filosofia do direito, temos que a Teoria da Justiça deve ser considerada por todo e qualquer constitucionalista. (DWORKIN, 2010). A concepção de justiça pode ser considerada como

princípios que, correlacionados, buscam identificar um equilíbrio na atribuição de direitos e deveres, na definição e na divisão apropriada das vantagens sociais. (RAWLS, 1998).

A teoria procura considerar os princípios da justiça, relacionando-os a moral, que trariam legitimidade ao sistema jurídico, relacionando-os com a estrutura básica da sociedade.

Com ela, Rawls visa demonstrar a exequibilidade da justiça como equidade, no sentido de que os movimentos sociais, a cultura política e as reformas sociais permitiram, por meio de um “equilíbrio reflexivo” uma proximidade crescente dos ideais de justiça, liberdade e igualdade.

Em busca de determinar quais princípios devem pautar as atitudes humanas, Rawls diferenciou o justo do bom, ou seja, o valor moral e suas consequências, o que significa que, embora a vida cotidiana envolva fatores diversos, as condutas tomadas diante de qualquer situação devem ser pautadas em conceitos morais e justos para todos. (RAWLS, 1998).

Para Aristóteles, a justiça é entendida como uma ordem universal. No sentido prático, o justo é o ideal equitativo dos direitos e dos deveres, da precisão e do rigor, da justeza das ações. No sentido subjetivo, o justo é uma atividade moral, é o proceder que não está baseado em uma inclinação (amor, amizade, benevolência, simpatia), nem em uma obrigação para com o outro (virtude). (ARISTÓTELES, 2001).

Nas decisões políticas, há uma tendência a que os detentores de poder tomem suas decisões com base em interesses próprios, afetando um grande número de pessoas, o que causa prejuízo à sociedade como um todo. No mesmo sentido afirma John Rawls:

A afirmação de que o poder político se baseia apenas na propensão dos homens para o interesse próprio e para a injustiça é superficial. Mesmo entre homens justos, quando há bens que são indivisíveis e que afetam um largo número de sujeitos, as ações decididas de forma isolada não produzem o bem geral. É indispensável a existência de uma regulamentação coletiva, e todos exigem a garantia de que ela será respeitada para que se disponham a fazer a sua parte. (RAWLS, 1998).

Assim, observamos a possibilidade de um tendencionismo baseado em opiniões e interesses pessoais, não apenas em relação ao objeto de deliberação, mas também em relação ao cumprimento das normas, assim

como se vê da decisão do Ministro Luiz Fux em relação ao pagamento do auxílio-moradia.

Há, portanto, uma falha social e política quando os ditos garantidores do cumprimento das normas são aqueles que as descumprem, o que gera injustiças e falhas na tentativa de garantir o aperfeiçoamento de um Estado de Bem Estar Social que distribua os recursos existentes de forma justa. Nesse sentido, Rawls afirma que “[...] o sistema social deve ser concebido por forma a que o resultado seja justo, aconteça o que acontecer” (RAWLS, 1998) o que, na realidade, não vem acontecendo.

Faz-se, ainda, fundamental questionar a relação social que se estabelece nesse contexto. Vive-se em tempos de reforma e de mudanças decorrentes da ausência de recursos financeiros em todo o país. Vive-se, ainda, em um momento em que a população vem sendo recepcionada por mudanças oriundas da necessidade premente de se conseguir recursos para suprir as necessidades básicas da população, como, por exemplo, saúde e educação.

A partir desse pressuposto faz-se necessário questionar a destinação destes recursos financeiros e a real necessidade de sua utilização, ou seja, em tempos de reforma, fica o questionamento seguinte: caso os receptores do auxílio moradia supramencionado se utilizassem do véu da ignorância e considerassem a Justiça como Equidade, considerá-lo-iam como sendo justo?

De um lado observamos que se trata de questões distintas, porém, quando se fala em um país com ausência de recursos suficientes para suprir necessidades básicas, há que se considerar todas as situações em que recursos públicos são utilizados, sua real função e o efeito que podem causar.

De acordo com Jürgen Habermas, uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Então, através de componentes de legitimidade e validade jurídica, o direito passa a possuir uma relação com a moral (HABERMAS, 2003).

Para o autor, uma moral racional se posiciona criticamente em relação a todas as orientações da ação, sejam elas naturais, auto-evidentes, institucionalizadas ou ancoradas em motivos através de padrões de socialização. (HABERMAS, 2003).

Assim, a moral também se refere a possíveis ações, porém, deixa de manter vínculo com os motivos que impulsionaram os juízos morais

para a prática e com as instituições que fazem com que as expectativas morais justificadas sejam realmente preenchidas. (HABERMAS, 2003).

Frisa-se que o objetivo, aqui, não é afirmar quais seriam as respostas daqueles beneficiados que se utilizariam do véu da ignorância para a tomada de decisões, mas discorrer sobre a necessidade de uma avaliação imparcial sobre a questão, a fim de que, de um lado, as normas sejam cumpridas e, de outro, que a sociedade como um todo não seja prejudicada.

5 CONCLUSÃO

O auxílio-moradia foi instituído no ano de 1979 pela Lei Orgânica da Magistratura (Loman), com o objetivo de indenizar juízes e desembargadores que não possuíssem residência oficial.

Mas sua regulamentação somente se verificou no ano de 2014, por meio de uma medida liminar concedida pelo ministro do STF Luiz Fux, momento a partir do qual foi recebido por grande parte dos magistrados sem que devessem ser respeitados quais requisitos.

Assim, em novembro 2018, Fux revogou liminarmente o auxílio por ele mesmo instituído, devido ao reajuste nos salários dos Ministros do STF e, em dezembro do mesmo ano o CNJ aprovou auxílio-moradia mais restritivo, com vistas a beneficiar quem preenchesse os requisitos já mencionados.

A discussão realizada girou em torno do fato de que o Ministro concedeu liminarmente o benefício sem que fossem observadas as normas constantes no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), que afirma que decisões dessa natureza somente poderiam ter sido tomadas pelo Plenário das Turmas. (BRASIL, 2019).

Por tudo o que foi acima exposto, é possível concluir pela necessidade de que as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação delas seja realizada de forma imparcial e de acordo com o que determina a legislação brasileira em todos os aspectos.

Ou seja, utilizando-se de uma avaliação neutra, será possível verificar um aumento das decisões justas, de acordo com a Teoria da Justiça de John Rawls, equânime e que ofereça benefícios para toda a sociedade de maneira neutra e equitativa.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRIGIDO, Carolina. *Jornal O Globo Brasil*. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/cnj-aprova-auxilio-moradia-para-juizes-de-ate-43-mil-23313663>>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- CURY, Teo; PIRES, Breno; PUPO, Amanda. Estadão – Política. *Fux revoga extensão de auxílio-moradia para juízes e procuradores de todo país*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fux-revoga-extensao-de-auxilio-moradia-para-juizes-e-procuradores-de-todo-pais/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*, Tradução de Emilio Peluso Neder Mayer e Alonso Reis Freire. nº 14. Jul/Dez 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas/Rafael Alem Mello Ferreira*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JUNG, Luã Nogueira. A Filosofia Política de Ronald Dworkin: objetividade moral, liberalismo político e crítica comunitarista ao atomismo liberal. Intuitio. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC/RS*, v. 9, nº 1, jul. 2016.

LUCIANO, Pablo Bezerra; PEREIRA, Carlos André Studart; CONJUR: *Liminares de Fux sobre Auxílio Moradia Completam Dois Anos*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-15/liminares-fux-auxilio-moradia-comemoram-dois-anos>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 6. ed. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>> Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Organizador: Lenio Luiz Streck. 1. ed. Editora Juspodivm, 2017.

_____. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

VALE, André Rufino. Cautelares em ADI decididas monocraticamente violam Constituição. *CONJUR*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

RECEBIDO EM: 30/10/2019

APROVADO EM: 07/05/2020

SISTEMA MULTIPORTAS NA AGU: ECONOMIA, RACIONALIDADE E TÉCNICA

***AGU MULTIPORT SYSTEM: ECONOMICS, RATIONALITY
AND TECHNIQUE***

Leticia Botelho Gois

Mestre na área de Gestão de Conflitos e Novos Direitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direitos Humanos. Advogada da União – AGU.

Clarissa Sampaio Silva

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2007), devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2008). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada da União – AGU.

Cristina Ayoub Riche

Doutora e Mestre em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia, pela UFRJ. Pós-Graduada em língua e literatura árabes pela Faculdade de Letras da UFRJ. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil. Professora do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da atuação administrativa consensual e as ouvidorias; 2. Ouvidoria e Mediação; 3. Tramitação de informações interorgânicas; 4. Do Sistema Multiportas na Advocacia Pública; 5. As portas da Advocacia Pública Federal; 6. A eficiência da comunicação; 7. O papel institucional da Ouvidoria; 8. Escuta qualificada. Ouvidoria de resultados. Mediação; 9. A regionalização e a setorização; 10. Ponderações finais: Ouvidoria e CCAF; 11. Conclusão; Referências.

RESUMO: A Ouvidoria da Advocacia Geral da União é tratada como canal de acesso à atuação consensual, o que a torna autônoma em relação ao servir consultivo e contencioso. Primeira porta idealizada na hipótese de um Sistema Multiportas adaptado à Advocacia Pública Federal, que tem a capacidade de aproximar Estado e Cidadão, de modo a solucionar conflitos sem interveniência do Judiciário. O tratamento da comunicação pela Ouvidoria tem o benefício de distinguir conflitos reais dos aparentes e de propiciar a movimentação da máquina administrativa, lidando com os conflitos de forma mais econômica e racional, evitando-se que se repita um grave problema constituído no âmbito do Judiciário: a judicialização desnecessária ou precipitada que, muitas vezes, está longe de pacificar as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Ouvidoria. Consensualidade. Mediação. Comunicação. Sistema Multiportas. Advocacia Pública.

ABSTRACT: The AGU Ombudsman is perceived as channel for access to consensual action, which makes it autonomous in relation to advisory and contentious service. First door idealized in the hypothesis of a Multiport System adapted to the Federal Public Advocacy, which has the ability to bring together State and Citizen, in order to resolve conflicts without judicial intervention. The handling of communication by the Ombudsman has the benefit of distinguishing real from apparent conflicts and facilitating the movement of the administrative machine, dealing with conflicts more economically and rationally, avoiding the repetition of a serious problem constituted within the Judiciary: unnecessary or hasty judicialization that is often far from pacifying the parties.

KEYWORDS: Ombudsman. Consensuality. Mediation. Communication. Multiport System. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

Em plena era da Consensualidade, contamos com uma Advocacia Pública Federal ainda dependente do Judiciário, ou de seu servir litigioso, para inaugurar a instância da busca de consenso, de forma técnica, como forma de solução dos conflitos de interesses. Ainda não existe uma atuação consensual da Advocacia-Geral da União¹ suficientemente desenvolvida, autônoma em relação ao servir contencioso e consultivo e independente do Poder Judiciário, disponível à sociedade.

Tendo em vista a necessidade de buscar meios alternativos para resolução de conflitos com o Poder Público, mercê do exponencial crescimento da judicialização e da dificuldade, cada vez maior, de tal via atender adequada e suficientemente às demandas que lhes são apresentadas, a legislação recente, no caso, a Lei nº 13.140/2015², contempla a possibilidade de, no âmbito das Advocacias Públicas de União, Estados e Municípios, serem instituídas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, quer os de natureza interorgânica, quer aqueles existentes entre particular e pessoa jurídica de direito público.

A referida legislação, igualmente, viabilizou a aplicação da Mediação para Administração Pública Federal, determinando os princípios próprios para seu uso. Acreditamos que a intenção do legislador tenha sido a de trazer um grau de tecnicidade a essa atuação consensual da AGU. Percebemos, com esse propósito, a Lei exigindo tecnicidade nessa atuação para o alcance de resultado com maior legitimidade e sustentabilidade das decisões obtidas por consenso. Esse é um dos contrapontos aos efeitos das decisões jurisdicionais.

O Advogado Geral da União ainda não regulamentou, internamente, a Lei de Mediação. A instância consensual, atuante no órgão, obedece aos regramentos internos próprios, desde 2007, quando foi criada a Câmara de Conciliação da Administração Federal (CCAF), pelo Ato Regimental AGU

1 Nos termos da Constituição Federal de 1988 cabe à Advocacia-Geral da União a representação judicial ou extrajudicial da União, tendo a Lei Complementar n.73, de 10 de fevereiro de 1993 instituído sua composição e regulado seu funcionamento.

2 Art.32, Lei n. 13.140/2015: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

nº 5, de 27 de setembro de 2007, para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Outras iniciativas foram adotadas, tal como, a Central de Negociação, constituída no âmbito do contencioso, pela Portaria 02/2012, que atua nas causas propostas nos Juizados de pequenas causas, elaborando acordos e colocando fim à judicialização.

A ausência de regulamentação da Lei prejudica iniciativas que venham a construir um caminho autônomo de acesso à consensualidade, salvo se ele já existir, e apenas for utilizado para essa finalidade de acesso direto, como é o caso da Ouvidoria.

Por meio do presente artigo pretende-se, como objetivo geral, analisar, sob a vertente da consensualidade administrativa, o papel da ouvidoria e, como objetivos específicos, apreciar a possibilidade de ela funcionar, no âmbito da Advocacia-Geral da União, como porta de acesso própria ao encaminhamento de questões e conflitos por parte do cidadão perante a Administração Pública Federal; separar conflitos reais dos conflitos aparentes; propor, por fim, a possibilidade de instituição de escutas regionais e setorializadas, dadas a diversidade e a complexidade dos temas apresentados nos diversos órgãos da AGU, por todo o país.

A presente pesquisa, de natureza qualitativa e exploratória, tem por base a legislação e a doutrina sobre os temas transversais (consensualidade administrativa, advocacia pública, diálogos institucionais).

1 DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL E AS OUVIDORIAS

Em decorrência de diversos fatores como o princípio democrático, que demanda a crescente participação do usuário na Administração Pública, tal como previsto no art.37 & 3º da CF e agora regulamentado pela Lei n.13.460, de 26 de junho de 2017, bem como do princípio da eficiência administrativa, com suas exigências de resultados, tem-se desenvolvido uma diferenciada forma de atuação por parte de órgãos e entidades públicas, marcada pela consensualidade.

A consensualidade administrativa envolve duas dimensões: os acordos de vontades envolvendo a Administração Pública como instrumentos para solução de processos administrativos pela “negociação do exercício do poder estatal”, nas palavras de De Palma (2010, p.128) e as formas de participação administrativa na formação das decisões.

Essa nova dimensão da atuação administrativa requer a adoção de postura dialogal da Administração Pública, sendo necessário reconhecer ao particular que com ela interage a efetiva possibilidade de contribuir para a formação de suas decisões, o que demanda procedimentos e organizações funcionais devidamente estruturados para tanto, além de instrumentos concretizadores do resultado dos diálogos.

Exatamente nesse ponto surge a importância das ouvidorias, no caso, mais especificamente, a Ouvidoria da AGU, foco do presente trabalho, em cuja atividade é possível identificar relevantes vantagens como primeira porta de acesso no caminho dialogal autônomo, na busca pela consensualidade.

A possibilidade de comunicação estabelecida em seu âmbito permite, por sua vez, diferenciar conflitos aparentes dos reais.

Entendemos conflitos aparentes como aqueles que movimentam a máquina administrativa estatal, em geral, não por uma necessidade efetiva de solucionar conflitos de interesses, mas para suprir eventuais *deficits* de comunicação entre sociedade e Poder Executivo.

Os conflitos reais, em contraposição, são aqueles que efetivamente justificam a movimentação da máquina administrativa em prol de solucioná-los, seja por atividade jurisdicional, seja por construção de solução consensual. Ou seja, não há, nesse caso, um *déficit* de comunicação que demande ainda esclarecimentos e intercâmbio de informações. Nesse caso, o antagonismo de posição persiste, não obstante bem delineado os fatos, e, de fato, se tem um conflito de interesses a solucionar.

Há que se ter o cuidado, por isso, em informar e esclarecer – função precípua de uma Ouvidoria –, de trazer ao cidadão um conhecimento pleno dos fatos, objetivamente considerados. Com isso, os encaminhamentos internos, decorrentes, podem ser diversos, conforme o grau de satisfação com a informação e o esclarecimento. Podem ser desfeitos antagonismos pelo mero intercâmbio vasto de informações, concluindo-se, ao final pela simples aparência de conflituosidade pelo *déficit* de informações e esclarecimentos.

A percepção da existência de uma efetiva conflituosidade torna-se mais nítida. Casos certamente existirão em que o simples esclarecimento será suficiente a desfazer uma aparência de conflito.

A Ouvidoria no Brasil já não é mais um modismo, é uma realidade que consiste, concomitantemente, em uma nova ferramenta de gestão e um instrumento da democracia participativa – tal como previsto na Lei n. 13.140/2017³ –, de inclusão e de participação social e, como primeira porta, certamente estimula e facilita a relação dialógica, possível de ser franqueada à sociedade para dar início a tratativas diretas e autônomas entre o Estado e o Cidadão.

A Ouvidoria, como sede, por excelência, de tratamento da comunicação, permite promover o acesso direto e autônomo à atuação consensual somente perante um conflito real e não aparente. Prevenindo-se uma movimentação desnecessária e onerosa do aparato estatal, voltado à autocomposição técnica, por mero *deficit* ou inexistência de uma comunicação eficiente.

2 OUVIDORIA E MEDIAÇÃO

Importa a esse estudo a observação do uso institucional da mediação, como técnica descrita na Lei 13.140/15. Fazer distinção sobre suas ferramentas leva-nos a propor um uso diferenciado para que também haja especialização nesse particular.

3 Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade; III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços; IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei; V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei; VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

Art. 14. Com vistas à realização de seus objetivos, as ouvidorias deverão: I - receber, analisar e responder, por meio de mecanismos proativos e reativos, as manifestações encaminhadas por usuários de serviços públicos; e II - elaborar, anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações mencionadas no inciso I, e, com base nelas, apontar falhas e sugerir melhorias na prestação de serviços públicos.

Art. 15. O relatório de gestão de que trata o inciso II do caput do art. 14 deverá indicar, ao menos: I - o número de manifestações recebidas no ano anterior; II - os motivos das manifestações; III - a análise dos pontos recorrentes; e IV - as providências adotadas pela administração pública nas soluções apresentadas.

Parágrafo único. O relatório de gestão será: I - encaminhado à autoridade máxima do órgão a que pertence a unidade de ouvidoria; e II - disponibilizado integralmente na internet.

Art. 16. A ouvidoria encaminhará a decisão administrativa final ao usuário, observado o prazo de trinta dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Parágrafo único. Observado o prazo previsto no caput, a ouvidoria poderá solicitar informações e esclarecimentos diretamente a agentes públicos do órgão ou entidade a que se vincula, e as solicitações devem ser respondidas no prazo de vinte dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Art. 17. Atos normativos específicos de cada Poder e esfera de Governo disporão sobre a organização e o funcionamento de suas ouvidorias.

Aqui, também, é possível supor uma especialização que favoreça o tratamento exclusivo, em sedes precípuas, de objetos distintos: comunicação e conflito de interesses. Isso porque, casos existirão em que a comunicação eficiente desfaz uma aparência de conflituosidade.

Perante o conflito real, surge a segunda providência institucional, e, portanto, podemos denominá-la de segunda porta franqueada. Trata-se da oferta ao cidadão do encaminhamento às Câmaras, para que este tenha a possibilidade de fazer uso das opções de técnicas da consensualidade a oferecer uma solução consensual: Conciliação, Mediação e Advocacia Pública Colaborativa. Em todas, contamos com a garantia do uso da ferramenta negocial da Mediação, com suas particularidades.

Portanto, propõe-se, fundamentalmente, a especialização da Advocacia Pública, com atuações diferenciadas a fim de trazer eficiência e efetividade ao serviço. É o fundamento de validade para viabilizar a autonomia e a distinção entre as atuações institucionais. Por essa mesma razão, percebemos benefícios em se distinguir as funções precípuas da Ouvidoria e da Câmara Local de Conciliação.

Para essa proposição, temos que apontar a diferença entre expertise, aptidão e habilidade, necessárias a uma e a outra atuação institucional. As atuações consultiva, contenciosa e consensual dialogam entre si, mas não se confundem. Algumas vezes são profundamente antagônicas. Por isso, é imprescindível à eficiência do serviço ter uma distribuição de funções, estrutura, gerenciamento de cada uma, e, principalmente, o foco.

Com base nessa mesma percepção, trazemos à luz uma distinção também necessária, a que deve ser feita entre posições e interesses antagônicos e falhas de informação e esclarecimento que geram aparência de antagonismo. A uma e outra situação propomos tratamentos especializados.

A Mediação se baseia na possibilidade de negociação de interesses das partes envolvidas em um conflito de interesses. A técnica se propõe a conduzir as partes em conflito a perceber os seus específicos interesses que lhes sustentam em suas posições.

Portanto essa diferenciação entre posição e interesse é fundamentalmente o trabalho do Mediador para permitir que os interesses se comuniquem e se conjuguem, trazendo a satisfação mútua a todos os interesses envolvidos, em alguma medida.

Não se fala em concessão em um processo conduzido com a técnica da Mediação porque se pretende alcançar um consenso. O consenso difere da concessão porque nessa há uma parte prejudicada em favor da outra, embora haja algum sistema de compensação. No consenso se busca o benefício de ambas as partes, sem que uma saia eventualmente prejudicada. Evidente que para se alcançar um consenso é um trabalho árduo e bem menos simplificado do que a negociação por renúncia ou concessão.

Tania Almeida, pesquisadora, docente e supervisora em Mediação de Conflitos e em Facilitação de Diálogos, em seu artigo, intitulado: “*Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade*”, publicado na coletânea organizada por José Ricardo Cunha em “Poder Judiciário – Novos olhares sobre gestão e jurisdição,” obra publicada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em 2010, define, com muita precisão, os referidos conceitos, ao dispor:

Negociação de posições e não de interesses - mediadores reconhecem que as posições são escudos rígidos o suficiente para defender interesses e importantes necessidades, ocultos em um primeiro momento. A Mediação integra o pacote das negociações baseadas em interesses - um recente norteador de construção de consenso. A imagem que tem traduzido a preciosa diferença entre posições e interesses é a do iceberg, que mostra emersa a menor parte de sua estrutura - posição - e tem submersa sua maior massa de gelo - interesses, necessidades e valores. É preciso submergir nas posições, por meio de perguntas, para alcançar os interesses e valores salvaguardados. Em uma negociação baseada em interesses, como a Mediação, são os interesses e os valores que comporão a pauta de negociação, e não as posições.

Portanto, trata-se de uma expertise técnica necessária ao advogado público, e, dessa convicção, nesse artigo, será ressaltada a necessidade de especialização de funções na Advocacia Pública para atender com mais eficiência e efetividade demandas diversas. Com esse propósito, pautamos o investimento institucional na eficiência de uma comunicação, em termos de racionalidade do serviço que presta, e, do investimento que faz, para, ao final, concluirmos pelos benefícios gerados com aproximação entre cidadão e Estado.

3 TRAMITAÇÃO DE INFORMAÇÕES INTERORGÂNICAS

O fato de a AGU ser um órgão representativo, autônomo e desintegrado da estrutura dos órgãos que representa e assessora, faz com que a Advocacia Pública atue em busca de informações de seus órgãos assessorados e representados. Esse circular de informações e

esclarecimentos ocorre ainda de forma burocrática e morosa e, não raro, o advogado público opera de fato com informações e esclarecimentos precários ou mesmo inexistentes sobre a situação fática.

Essas situações, no contencioso, por exemplo, induzem à apresentação de uma defesa jurídica, que lhe cabe prestar, baseada em um direito indistinto, galgado apenas nos princípios gerais e apoiada na presunção de legalidade da atuação administrativa.

Em fase de produção de provas, todavia, algumas vezes se revela ser o caso de reconhecimento do pedido, ou eventualmente de uma falha de esclarecimento e informação ao cidadão ou ao próprio órgão representativo que, se prestadas, evitariam a polaridade constituída com a judicialização, eis que sequer, na verdade, se constata uma conflituosidade efetiva a gerar desempenho legítimo de Jurisdição.

Todavia, a máquina administrativa judiciária, nesses casos, é movimentada de forma extremamente onerosa, apenas para atuar como substitutiva dessa comunicação inexistente ou precária entre Poder Executivo e sociedade que não esclareceu ou não informou sobre a situação fática de uma forma suficiente e eficiente.

Como forma de solução a esses problemas da falta de especialização da Advocacia Pública, e de um grande *deficit* de comunicação, que envolve racionalidade do serviço, despesa pública, distinção de habilidades e aptidões, e mesmo das funções constitucionais de administrar e julgar, é que se vislumbra grande benefício e vantagem em se pensar em um sistema multiportas, também, em sede da Advocacia Pública inaugurada através da Ouvidoria.

Por isso, pautamos nesse artigo uma analogia ao sistema multiportas, idealizado ao Judiciário, no âmbito da Advocacia Pública Federal, inaugurado pela Ouvidoria.

4 DO SISTEMA MULTIORTAS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Em seus estudos, o professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, mencionava, já em 1976, a necessidade de existir um Tribunal Multiportas, ou “centro abrangente de justiça”. Essa é a origem da expressão “Justiça Multiportas”.

Vários doutrinadores afirmam que o novo Código teria adotado o modelo ou sistema multiportas de solução de litígios porque o Código de

Processo Civil de 2015 prevê expressamente a possibilidade da arbitragem (art. 3, §1º) e a obrigatoriedade, como regra geral, de ser designada audiência de mediação ou conciliação (art. 334, caput), (*multidoor system*).

O jurista Leonardo Cunha explica o tema de forma assertiva:

Costumam-se chamar de ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*).

Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’: mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal. O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o *método* ou *técnica* mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de *juízo* apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado. (CUNHA, 2016, p. 637)

O livro *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* (FGV, 2012) apresenta os resultados de pesquisa sobre o Tribunal Multiportas como instrumento capaz de contribuir para a ampliação do acesso à Justiça, o aprimoramento do sistema de resolução de conflitos no Brasil e conseqüentemente a redução de processos judiciais. É indispensável para a democracia e para o desenvolvimento econômico e social da nação que sejam desenvolvidas estratégias visando a concretização dos valores de justiça e de eficiência da administração e ao equilíbrio do impacto econômico das práticas judiciais.

Marco Aurélio Peixoto e Renata Peixoto (2018), em seu livro *Fazenda Pública e Execução*, apontam as notórias vantagens na aplicação de uma Justiça Multiportas:

- a) o cidadão assumiria o protagonismo da solução de seu problema, com maior comprometimento e responsabilização acerca dos resultados;
- b) estímulo à autocomposição;
- c) maior eficiência do Poder Judiciário, porquanto caberia à solução jurisdicional apenas os casos mais complexos, quando inviável a solução por outros meios ou quando as partes assim o desejassem;
- d) transparência, ante o conhecimento prévio pelas partes acerca dos procedimentos disponíveis para a solução do conflito.

No campo da Advocacia Pública Federal, um sistema multiportas teria a capacidade de permitir o uso da autonomia de gestão, constitucionalmente conferida ao Poder Executivo, ao oferecer proximidade entre Estado e cidadão, sem a interveniência do Judiciário ou de uma prévia atuação consultiva ou contenciosa do órgão representativo— AGU.

5 AS PORTAS DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Após o primeiro acesso, franqueado ao cidadão, pela demanda aberta perante a Ouvidoria, inaugura-se a instância de tratamento da comunicação, garantindo-lhe a suficiência de informação e esclarecimento a configurar a existência ou não de posições antagônicas firmadas entre o Estado e a pretensão do cidadão.

Concluída essa etapa, outra oportunidade é oferecida ao cidadão: a do aproveitamento da instância de solução consensual dos conflitos de interesses entre Estado e cidadão. Cabendo a ele a escolha, cumpre-lhe sejam informadas as opções institucionalmente oferecidas.

A Câmara de Conciliação da AGU tem, a seu dispor, a possibilidade de oferecer soluções consensuais, mediante o emprego das técnicas da Conciliação, da Mediação ou da Advocacia Pública colaborativa.

A primeira é usualmente utilizada na AGU desde a criação da Câmara de Conciliação da Administração Federal.

A Mediação está expressamente prevista na Lei 13.140/15, como meio possível de solução de controvérsias entre particulares e a administração pública, desde que haja capacitação dos advogados públicos na técnica.

A Advocacia Pública colaborativa difere das demais técnicas, por se tratar de tratativas diretas entre advogado público e cidadão, sem a necessidade de um condutor. Ela está prevista no Enunciado nº 31 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, no âmbito do Conselho da Justiça Federal, e consiste na possibilidade de firmar pactos de não litigância:

É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.

Tendo como premissa que a proximidade entre Estado e Cidadão deva se constituir em parceria com vistas à solução de impasses, e considerando esse rol de opções, deve-se analisar em que medida essa escolha deve ficar a cargo do cidadão ou do Estado, devendo haver um consenso quanto a essa escolha.

Nesse momento é fundamental o papel da Ouvidoria que, por meio de informações ao cidadão acerca do funcionamento de cada uma dessas técnicas da Consensualidade, pode auxiliar a construir esse consenso; garantida a compreensão, outorga-se ao cidadão a escolha. Partimos sempre do princípio de que o encargo do advogado público será o mesmo, qual seja, o de estabelecer tratativas diretas, sem intermediação de um julgador, mas de um condutor capacitado tecnicamente para facilitar o diálogo.

Na verdade, a neutralidade de um condutor, como princípio primordial da atuação consensual, torna-se perceptível ao Advogado da União quando se trata de conflitos entre interesses públicos, no âmbito da Administração Pública Federal. A Lei 13.140/15 possibilita o protagonismo da AGU na introdução da técnica da Mediação na Administração Pública por conta da posição que este órgão ocupa no seio de toda a Administração Pública Federal. Ou seja, por ser um órgão representativo autônomo e desvinculado, não se submete a interesse de um ou outro órgão público federal, e, por

isso, em eventual conflito de interesses, tem uma neutralidade compatível com um papel mediador entre eles.

No caso de conflitos entre interesses público e privado, como é o caso de uma demanda aberta perante a Ouvidoria, deve persistir a neutralidade do Advogado da União necessária à condução técnica, se compuser a mesa de negociação outro advogado público do consultivo e do contencioso que tutele o interesse do ente político, naquela situação. Eis aí, inclusive, mais uma razão a favor da especialização da Advocacia Pública.

A alternativa de um condutor de tratativas consensuais de fora da Administração Pública Federal nos parece impraticável em razão do diálogo entre os princípios do Direito administrativo e os princípios que regem a condução técnica consensual de tratativas. Essa harmonia será objeto de tutela precípua do Advogado público, que detém o domínio do conhecimento de ambos, e pode estabelecer essa congruência dialógica primeira. A ele caberá essa tutela. Ao advogado público que integrará a mesa de negociação caberá a tutela do interesse público em pauta. São tutelas diversas de interesses públicos diferentes. O interesse público no consenso existe e nos parece ser objeto de tutela precípua por advogado público, no domínio das regras de direito administrativo e capacitado na técnica da Mediação.

Dessa forma, percebemos a importância da releitura das possibilidades dos setores institucionais, acreditando na especialização da Advocacia Pública, de modo a trazer maior eficiência ao seu mister de tutelar os interesses públicos estatais, acrescido a esse rol, o interesse público no consenso, como forma mais econômica, racional e eficiente de solução dos conflitos de interesses.

O sistema multiportas, importado ao âmbito de atuação da Advocacia Pública Federal, nos parece uma forma de harmonizar e adequar a AGU ao propósito da Lei 13.140/15 de introduzir nas funções institucionais a atuação técnica de mediar conflitos de interesses.

Nessa tecnicidade, pretendida pela Lei, considera-se o acesso pela Ouvidoria, como forma de atender ao primeiro dos princípios basilares da Consensualidade: a autonomia e voluntariedade do Cidadão em optar pelo meio consensual de resolução dos conflitos. Caso o Estado não entenda que cabe solução consensual, pela Lei 13.140, cabe aos regulamentos expedidos pelos entes públicos escolher quais causas podem ser encaminhadas às câmaras.

6 A EFICIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO

Parte-se aqui de uma premissa fundamental. A comunicação inexistente ou deficiente pode gerar a movimentação da máquina administrativa e o empenho de despesa pública em vão, por uma mera aparência de demanda.

Isso porque, a falta ou a precariedade de intercâmbio de uma informação, por exemplo, ou um esclarecimento, que não esclarece de fato, ou, ainda, uma má compreensão de um relato, por si só, podem gerar desentendimentos, que, de imediato, ganham aparência de conflituosidade, sem própria e efetivamente se constituírem em conflito de interesses.

Quer-se com isso dizer que a comunicação, nesses casos, precisa ser clara para que se perceba um efetivo conflito a ser tratado. Antes de se inaugurar uma instância de tratamento do conflito em si, que se ofereça um tratamento da comunicação em si. A isso pode se propor a Ouvidoria. Esse é um benefício de uma eventual opção da Ouvidoria como acesso direto de uma reivindicação social.

Sanear a comunicação é papel institucional da Ouvidoria, por meio de uma escuta melhor qualificada pela técnica da Mediação, e um encaminhamento que gere uma resposta mais empática ao demandante.

O esclarecedor artigo “A Ouvidoria como facilitadora do processo de comunicação”, de Arthur Edgar Silveira, Nailton Alves de Oliveira e Eliana Pessoa (2008), sustenta o papel fundamental de uma comunicação eficiente em uma organização e o valor da Ouvidoria como institucionalmente responsável por ela:

A Ouvidoria é um canal de participação do cidadão em relação às organizações. O ouvidor está dentro da organização para buscar racionalidade e deve ter uma visão pontual do foco do problema, o que facilita encontrar soluções. Pode-se concluir que a Ouvidoria ganha destaque e importância no mercado por prover as organizações, de uma fonte relevante de dados e informações a respeito dos usuários dos produtos e serviços oferecidos, sobre a imagem e o nível de excelência da empresa. Com isso facilita a gestão da empresa na tomada de decisões em direção à efetividade dos serviços prestados. A intensificação e eficiência da comunicação podem trazer benefícios às diferentes áreas da organização.

E complementam:

Keith Davis (1972, apud CHIAVENATO, 1982) afirma que a comunicação é um processo de passar informação e compreensão de uma pessoa para outra. A comunicação é: “a habilidade humana que ajudou a superar a condição animal e a tornar o ser humano um ente social que se distanciou intelectualmente dos demais seres vivos do planeta” (CHIAVENATO, 2004).

Comunicação está associada com: (1) as influências externas que recebidas (sensação, percepção); (2) os processos internos (interpretação, compreensão, significado, atenção); (3) as influências externas provocadas no outro (liderança, motivação, sugestão); e (4) relacionamentos, interação, conectividade, convivência, coesão, cooperação, aprendizado, mudança, inovação, ética, transparência e responsabilidade (PESSOA, 2005).

A Ouvidoria é, portanto, percebida, de um lado, como uma possibilidade de atendimento à necessidade de tratamento autônomo dos conflitos envolvendo a Administração Pública, pela AGU; de outro, como medida de economia e racionalidade de investimento estatal na solução de conflitos. Além disso, introduz a tecnicidade pretendida pela Lei 13.140/15 à atuação consensual, ao propiciar a voluntariedade e a autonomia ao cidadão e ao Estado.

7 O PAPEL INSTITUCIONAL DA OUVIDORIA

Ao se falar em Ouvidoria, de imediato surge a ideia de escuta e de comunicação entre sociedade e instituição. O grau de eficácia dessa escuta e dessa comunicação é avaliado pelos encaminhamentos feitos e pela resposta oferecida ao autor de uma demanda aberta.

Quanto maior for o investimento na qualidade dessa receptividade das demandas, melhor será o atendimento prestado, em termos de adequação dos encaminhamentos internos.

Nesse sentido, a Ouvidoria funciona como um canal de acesso entre os agentes internos e externos de uma Instituição. Por isso, entendemos como fundamental o investimento nessa escuta e nessa comunicação para o alcance da eficiência de resultado. Essa eficiência, por sua vez, será medida pela resposta que satisfaz a demanda. E essa satisfação não se relaciona necessariamente com o atendimento do pedido, mas com a pergunta respondida, com o esclarecimento prestado e com a informação solicitada.

Culturalmente, há uma associação entre reclamação e Ouvidoria, como se fosse uma escuta reservada às reclamações. Não é comum o entendimento de que a Ouvidoria pode ser também um canal de reivindicação, de sugestão, em suma, de participação. O questionamento sobre a vantagem de se reivindicar algo pela Ouvidoria precisa ser respondido com a contextualização.

De fato, em uma Administração Pública monológica, onde o consenso, como forma de gestão de conflitos, não é valor nem princípio, é possível afirmar que não faria o menor sentido supor a preferência por uma reivindicação qualquer pelo canal da Ouvidoria. Mas, de forma diametralmente oposta, cabe repensar o papel de uma Ouvidoria em uma Administração Pública Consensual, em que há interesse público no consenso, como forma adequada de gestão de todo e qualquer conflito.

Gustavo Costa Nassif (2009) aborda o tema em seu artigo “As Ouvidorias Públicas no contexto de um novo modelo de governança”, publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

É inevitável a abertura da administração a qualquer interessado e a criação de instrumentos de administração consensual dotados de processualidade administrativa como indispensável garantia dos afetados em relação ao exercício do poder. Dos instrumentos voltados para a consensualidade na administração pública, as Ouvidorias Públicas merecem um especial destaque, pois o instituto possibilita o amadurecimento das relações entre o cidadão e o Estado, aprimora a democracia participativa e legitima as decisões uma vez que os envolvidos participam do processo decisório da administração, permitindo uma controlabilidade difusa realizada por uma sociedade civil atuante. O instituto das Ouvidorias Públicas constitui-se em processo administrativo de participação aberto a qualquer indivíduo ou grupos sociais determinados, com vista ao aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos e à legitimação das decisões da administração pública. Em face do princípio constitucional do controle, a fiscalização por intermédio do administrado conduz o poder público às melhores decisões a respeito dos interesses pessoais e coletivos.

A Ouvidoria de uma Instituição como a AGU, inserida na forma de gestão consensual dos assuntos públicos, harmonizada com os princípios de governança pública, precisa se comprometer com a mudança de cultura institucional ao interpretar as demandas que chegam da sua Ouvidoria como contribuição à melhoria dos serviços e defuncionar com uma potência

maior da que até então teve no trato dos assuntos institucionais, sejam eles de caráter social, de serviço ou funcional.

Nassif complementa, com percepção da realidade, os efeitos dessa necessária contextualização, ao analisar:

Permanecendo a administração introspectiva e míope diante da tensão entre fatos e normas, não deterá a legitimidade evocada para os tempos modernos. Sua estrutura administrativa fechada em si mesma deverá ser rompida, uma vez que o direito não pode se curvar à sua forma singular de estabelecer e implementar políticas públicas. Ao contrário, deve estar aberta para ser capaz de atender aos interesses de todos os membros da sociedade. A administração pública instrumentalizada com canais de comunicação permanentes cria a possibilidade, ao receber da sociedade suas diversas tendências ou preferências, de angariar juízo confiável para lastrear suas decisões.

Ou seja, perceber esse setor institucional com uma possibilidade de escuta dos anseios sociais, seja de caráter reivindicatório ou reclamatório, implica em aproximar Estado e Cidadão na gestão da coisa pública, tornando-os parceiros e capazes de solucionar, autonomamente, seus conflitos de interesses. Além disso, encontrar, nesta forma de atuar, mecanismos para a consolidação da democracia, tão cara ao Estado de Direito.

Fazer a releitura do papel institucional da Ouvidoria implica promover uma estruturação compatível com este novo desenho, sensibilizando e capacitando agentes públicos nesse nobre mister da utilização das ferramentas da Mediação aptas a facilitarem a comunicação.

Superada a doutrina que entendia haver processo somente no exercício da função jurisdicional, admite-se que a processualização das atividades administrativas, por possibilitar um maior conhecimento do modo de atuar e também a dialética com o cidadão, é tendência que acompanha a consolidação do princípio democrático. Nestes termos, o ato administrativo passa a ser estudado dentro do contexto procedimental, formado pelas fases e formalidades que precedem sua edição e que devem ser permeadas, obrigatoriamente, pelos princípios administrativos. (...) A ascensão do processo administrativo marca o triunfo da consensualidade sobre a imperatividade e traz consigo a garantia de controle não só da manifestação da vontade da Administração, mas também de seu iter de formação (ALEGRETTI, 2004, p. 307).

Além do propósito de estar em consonância com os ditames de uma Administração consensual, percebemos mais benefícios na atuação da Ouvidoria, no tocante à economicidade e à celeridade no trato das questões, como por exemplo, a economia de recurso público e um grau mais racional de investimento público.

Existindo, de fato, um conflito de interesses, e não uma mera falta de comunicação, o cidadão terá a seu favor elementos suficientes quanto ao tratamento que pretende dar ao conflito. Optando pela judicialização, terá, com isso, o ganho da especialização da função jurisdicional, que não cumprirá o papel de mera interlocutora entre partes em litígio. Contudo, se optar pela autocomposição, tem acesso direto à instância consensual do órgão de forma direta e autônoma.

Portanto, entende-se a Ouvidoria, nesse contexto de Administração Pública consensual e dialógica, no papel institucional diferenciado de promover o acesso autônomo à atuação consensual, e de tratar, de forma qualificada, pela técnica da Mediação, a comunicação entre sociedade e instituição. Como resultado, gerar economicidade e racionalidade de investimento público no tratamento dos conflitos de interesses.

Nesse sentido, alcança-se a uma só vez evitar a judicialização desnecessária (e muitas vezes, precipitada) e oferecer uma atuação consensual autônoma e independente dos demais setores institucionais (consultivo e contencioso) e do Poder Judiciário.

8 ESCUTA QUALIFICADA. OUVIDORIA DE RESULTADOS. MEDIAÇÃO.

A possibilidade de narrar fatos/ ocorrências à Ouvidoria, pelo canal de escuta próprio, bem como de reivindicar os direitos que deles supõe resultarem, não pode, todavia, induzir ao embate jurídico, exclusivo do cenário da Jurisdição. Em sede de autocomposição, não há polêmica jurídica, mas sim adequação e integração entre possibilidades e necessidades dos envolvidos.

Dessa compreensão, pode resultar o interesse em uma autocomposição, ou em uma judicialização, ou não. A autocomposição, se escolhida, consistiria no encaminhamento interno daquela escuta.

Mas essa escuta pode ter outro destino. Conta-se com uma hipótese, por exemplo, de reconhecimento do direito ou de satisfação plena por meio das informações certas e qualificadas e dos esclarecimentos prestados (casos dos conflitos aparentes).

Por isso essa escuta é entendida, ao mesmo tempo, como um canal de acesso direto do interessado à atuação consensual e extrajudicial e à própria solução em si de uma demanda, sem qualquer encaminhamento, concretizando-se, assim, o princípio da economicidade.

Partimos, portanto, da convicção de que a comunicação deficiente, ou inexistente, constitui grave desperdício de trabalho e de recursos públicos. A ideia é a de que seu resultado seja a de um filtro depurador, que diferencie demandas efetivas e reais das demandas aparentes.

A recente Lei 13.460/17 dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública e direitos dos usuários de serviço público e vem regulamentar o parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, complementando, ainda, a Lei 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação, que traz um novo código de regras e direitos aos usuários e prestadores de serviço público. Imprime protagonismo às Ouvidorias na tarefa de oferecer o controle social da qualidade dos serviços públicos, permitindo a participação ativa da sociedade nas decisões institucionais de serviço. Sob esse prisma, a Lei, a um só tempo, empodera o cidadão e as Ouvidorias, no propósito de tornar a comunicação mais eficaz entre todos os atores que se relacionam institucionalmente.

Esses dois protagonismos coincidentes — da AGU, na Lei de Mediação e das Ouvidorias, no novo código de regras do Serviço Público propiciam uma reflexão sobre a percepção da Ouvidoria como canal de acesso direto à consensualidade, autônomo em relação ao Judiciário e aos demais setores institucionais de atuação.

Portanto, perceber a Ouvidoria como sede de tratamento precípuo da comunicação e como porta de acesso direto à atuação consensual são propostas que se relacionam. Porque uma precede a outra e lhe é inerente. Vejamos o exemplo do cidadão interessado em pleitear um pensionamento. Suponha esse pedido submetido por intermédio da Ouvidoria. A demanda é aberta e gera a busca de informação, como providência preliminar, tal qual ocorre com as citações judiciais, em demandas judicializadas. A diferença será o credor dessa informação. No caso da Ouvidoria, será o cidadão e não o Judiciário.

A informação prestada pelo respectivo órgão público, provedor do pensionamento, pode ser, por exemplo, no sentido de não reconhecer a qualidade de beneficiário do interessado. Nesse caso, a Ouvidoria, ao

repassar a informação ao cidadão, assegura-se da compreensão das razões para o não reconhecimento, promovendo o acesso certo à informação tão necessária e esclarecedora ao cidadão. Suponha seja apenas a ausência de um documento a ser anexado. O autor tem essa informação prestada. Suponha seja de fato uma negativa ao pedido. Ao autor é oferecida a oportunidade de encaminhamento à Câmara de Conciliação para tentar uma autocomposição. ou ainda, o cidadão pode obter a informação, não se interessar pela autocomposição e optar pela judicialização. Aqui é, também, campo de autonomia da vontade.

9 A REGIONALIZAÇÃO E A SETORIZAÇÃO

A Ouvidoria da AGU é um órgão central de gestão da Instituição, localizado no Distrito Federal. A realidade de inserção da AGU por todo o Brasil, no entanto, não é padronizada, ou seja, cada região apresenta universos culturais, sociais e econômicos muito diversos entre si, o que nos faz refletir sobre os benefícios que poderiam advir de uma descentralização regionalizada da escuta de Ouvidoria.

Nesse sentido, para que a Ouvidoria seja uma primeira porta franqueada ao cidadão, em um sistema multiportas, importado à Advocacia Pública Federal, que é a proposta de análise neste artigo, é necessário pensar nessa hipótese de regionalizar as escutas por delegação da Ouvidoria Central às Regionais.

Pretendemos tratar da especialização das escutas, aproximando-as de cada demanda própria, inserida em um contexto próprio, o que pode resultar em uma integração dos recursos humanos e operacionais locais, em termos gerais, trazendo ganho considerável na aproximação entre ouvinte e interlocutor, melhorando assim o tratamento e encaminhamento da demanda. Isso porque a Ouvidoria deve ter entre suas atribuições a de contribuir para a simetria informacional, já que a AGU, pela sua própria natureza, detém a primazia técnica, jurídica e econômica. Logo, o procedimento de escuta própria viabiliza mitigar a assimetria informacional entre as partes envolvidas no conflito.

A ferramenta comunicacional da técnica da Mediação é o meio de se qualificar as escutas ao capacitar o ouvinte para oferecer uma escuta ativa e produtiva de resultados empáticos. Para isso, é fundamental que a Ouvidoria seja a sede exclusiva de tratamento da Comunicação, outorgando às Câmaras o tratamento do conflito real.

Entendemos, portanto, essas providências institucionais como de inserção a uma nova realidade de valores e paradigmas da Consensualidade.

A busca é no sentido de resultar em respostas empáticas e eficazes ao cidadão, e constituir medida de grande economia aos cofres públicos. Isso porque a despesa pública, em prol de solucionar conflitos, via judicialização ou autocomposição, somente aconteceria quando justificada por uma efetiva necessidade.

Tratar a comunicação requer menos do aparato estatal do que tratar e curar o conflito em si. Portanto, apostar em um aperfeiçoamento da comunicação pode resultar em significativa providência a bem de uma racionalização dos investimentos institucionais.

10 PONDERAÇÕES FINAIS: OUVIDORIA E CCAF

A Ouvidoria da AGU não é órgão finalístico e detém atribuição legal de fomentar canais de acesso e comunicação. É protagonista na Lei 13.460/2017, que constitui código de regras aplicáveis aos prestadores e usuários de serviços públicos e regulamenta o comando constitucional insculpido no artigo 37, parágrafo 3 da CF/88, no tocante não somente à eficiência, mas, principalmente no alcance do efetivo serviço que deverá ser prestado ao usuário.

Luiz Carlos Assis Iasbeck (2012) percebe a Ouvidoria como essa instância técnica de tratamento institucional focado, ao afirmar:

O processo da comunicação, dessa forma, envolve operações sutis e, por isso mesmo, imperceptíveis à observação do leigo, que só se acerca sensivelmente de tais sutilezas quando dos resultados reativos do processo, ou seja, quando as coisas funcionam bem ou mal, segundo suas expectativas e seus interesses. Por isso é comum nas organizações serem identificadas como “problemas de comunicação” aquelas situações em que a resposta não coincide com a expectativa de resposta de quem tomou a iniciativa do processo, o emissor. Do mesmo modo, uma comunicação eficiente é entendida como aquela que é capaz de provocar respostas favoráveis e congruentes com as intenções do emissor”. Os problemas trazidos às ouvidorias com o rótulo de “reclamações, sugestões, críticas ou dúvidas” são, quase sempre, relacionados à comunicação, do ponto de vista do processo propriamente dito, ou seja, são “problemas”, porque algo que partiu da organização (de sua expressão) com determinadas intenções foi entendido e “consumido” de forma diversa pelo cliente ou cidadão. Para entender as diferença entre o que se envia e o que se recebe, é necessário analisar as intenções de emissão e das expectativas de consumo, materializadas tanto em

informações intangíveis (serviços, atividades, ideologias) quanto em suportes identificáveis (produtos, critérios, regulamentos).

11 CONCLUSÃO

Nesse estudo nos propusemos a analisar a releitura do papel institucional da Ouvidoria da AGU, para perceber nela competências compatíveis com a vontade política da consensualidade.

A percepção do caráter nacional do órgão representativo e suas implicações nos leva a supor benefícios na descentralização e regionalização da Ouvidoria para oferecer uma escuta e respostas mais empáticas à sociedade.

A circunstância de ser um órgão representativo autônomo e desintegrado da estrutura dos órgãos que assessora e representa, foi pontuada como razão para o protagonismo na lei de Mediação que enseja uma estruturação institucional a viabilizar uma atuação consensual técnica e autônoma em relação ao servir consultivo e litigioso.

O sistema multiportas adotado no âmbito da Advocacia Pública traz proximidade entre Estado e cidadão e permite o aproveitamento da autonomia, constitucionalmente assegurada ao Poder Executivo, para oferecer formas diversas de solução de seus conflitos *interna corporis* sem a interveniência do Judiciário para aqueles que não clamem por jurisdição.

A intenção do nosso Legislador Constituinte originário, ao prever no segundo artigo de nossa Carta Política o princípio da Separação dos Poderes, se traduz nessa autonomia para gestão própria, conferida a cada qual dos Poderes da República. E, dentro desse conceito de Gestão, onde há bens, serviços e pessoas para administrar, prescindir de atividade jurisdicional para solucionar os eventuais antagonismos que surjam, perfaz a concretização do propósito Republicano de dispor de Poderes autônomos.

A Ouvidoria é percebida como porta de entrada à Consensualidade e, dentro desse cenário, múltiplas portas podem ser abertas pelo Cidadão, de acordo com seu interesse: Mediação, Conciliação e Advocacia Pública colaborativa. A escolha é do cidadão, mas o dever de informação e esclarecimento para que tome uma decisão informada é da Ouvidoria.

Dessa forma, se percebe a constituição de uma parceria entre Estado e Cidadão em prol de solucionar os conflitos de interesses que surjam, sem que seja necessária a movimentação da máquina administrativa judiciária.

A expectativa é de que a instalação de uma instância de tratamento da comunicação, no âmbito da Ouvidoria da AGU, com escutas qualificadas tecnicamente pelas ferramentas da Mediação, regionalizadas e setorizadas conforme o público-alvo, resulte na movimentação justificada do aparato da máquina administrativa, tornando legítimo o empenho de recursos públicos a essa finalidade.

Portanto, independentemente da natureza das questões que chegam como demandas de trabalho, a Ouvidoria constitui órgão de grande responsabilidade no trato da informação. Sendo assim, não pode prescindir de competências comunicativas específicas e de foco exclusivo.

Essa percepção do poder de uma comunicação eficiente é, aqui, referenciada como fundamento de validade de toda uma proposta de intervenção na realidade da Ouvidoria da AGU.

A participação e a consensualidade tornam-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2001, p. 41).

Nesse artigo se buscou demonstrar o importante e fundamental papel de um serviço de triagem prévio à movimentação da máquina administrativa estatal, do Judiciário e do Executivo, para solução de conflitos de interesses. Procurou-se demonstrar que, muitas vezes, sequer conflituosidade existe de fato, mas sim mera deficiência de informação e esclarecimento que geram a aparência de um antagonismo, que se desfaz tão logo restabelecida ou construída a comunicação. O conceito de comunicação aqui é tido como capacidade de interação suficiente a esclarecer e informar sobre fatos, de forma a torna-lo plenamente conhecido, antes de qualifica-lo como eventualmente controverso.

A grande preocupação das autoras não é apenas com o excesso de judicialização, mas, principal e primordialmente com a jurisdição desvirtuada de sua finalidade constitucional de dizer o direito aplicável. A experiência profissional das autoras foi fonte para percepção do problema de uma movimentação onerosa da máquina administrativa estatal, muitas vezes, para suprir esse déficit comunicacional e de interação, levando o Julgador a atuar como mero interlocutor entre partes, ou, eventualmente provocador de uma hipótese de solução consensual.

Por tudo isso se apresenta, nesse artigo, uma aposta no papel fundamental da Advocacia Pública no funcionamento mais eficiente do Sistema Multiportas, adotado em nosso novo código de Processo Civil, mediante a implementação de uma identificação prévia de efetiva conflituosidade a justificar a disponibilização do aparato estatal a essa finalidade de lhe oferecer solução. Acredita-se seja eficiente investir no aprimoramento de uma comunicação qualificada entre Estado e Cidadão para identificação de demandas, necessidades e interesses, através de um sistema de triagem, inaugurado pela Ouvidoria. O Sistema Multiportas, idealizado por Franz Sander, traz a intenção de oferecer opções autônomas de solução de conflituosidades, sendo a judicialização apenas uma delas. Para esse desiderato, o Sistema deve ser inaugurado pela importação de seus conceitos à Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Fabrício Motta cita Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.) *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração de Empresas – Uma abordagem contingencial*. São Paulo: Mac Graw Hill, 1982.

CHIAVENATO, Idalberto. Prefácio. In: MATOS, Gustavo Gomes de. *Comunicação sem complicação: como simplificar a prática da comunicação nas empresas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 637.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 19 out. 2019.

IASBECK, Luiz Carlos Assis (org.). *Ouvidoria – Midia organizacional*. Porto Alegre: Sulina, 2012. p.19.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.41.

NASSIF, Gustavo Costa. As Ouvidorias Públicas no Contexto de um Novo Modelo de Governança. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 73, p. 43-58, 2009.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Fazenda Pública e Execução*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 118

PESSOA, Eliana. *Comunicação Interpessoal e Empresarial*. Apostila (Curso de Administração Postal) Faculdade de Administração, Universidade de Brasília, 2005.

PESSOA, Eliana; OLIVEIRA, Nailton Alves de; SILVEIRA, Arthur Edgard. A Ouvidoria como Facilitadora do Processo de comunicação. *UnB/ÚNICO*, 2008. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/a-ouvidoria-como-facilitadora-do-processo-de-comunicacao-organizacional>. Acesso em: 19 out. 2019.

RECEBIDO EM: 28/09/2018

APROVADO EM: 10/06/2018

ALIENAÇÃO PARENTAL INTERNACIONAL: A MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA COMO MECANISMO ADEQUADO PARA SALVAGUARDAR OS DIREITOS DOS FILHOS

***INTERNATIONAL PARENTAL ALIENATION: THE CROSS-
BORDER MEDIATION AS AN APPROPRIATE MECHANISM
FOR SAFEGUARD THE CHILDREN'S RIGHTS***

Margareth Vetis Zaganelli

Doutora em Direito (Ciências Criminais) pela UFMG. Mestre em Educação (Avaliação de Sistemas Educacionais) pela UFES. Professora Visitante no Ateneo e na Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Milano-Bicocca – UNISANNIO. Professora colaboradora do Projeto Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" do Erasmus+ European Commission - cofinanciado pela União europeia (School of Law). Professora Visitante Mobilidade Docente Erasmus+ na Università Degli Studi Di Milano-Bicocca - UNIMIB. Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

Adrielly Pinto dos Reis

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Bruna Velloso Parente

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve ensaio sobre a aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 nos casos de subtração internacional de menores; 2 Aspectos gerais da mediação transfronteiriça; 3 Os sujeitos da mediação transfronteiriça; 4 Fundamentos e princípios aplicáveis à mediação transfronteiriça; 5 Acesso e estrutura do procedimento da mediação transfronteiriça; 6 O modelo europeu de mediação transfronteiriça e o uso desse procedimento no Brasil; 7 A cooperação internacional e a eficácia das decisões advindas da mediação transfronteiriça; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: No mundo hodierno, globalizado, tecnológico e dinâmico, observa-se cada vez mais um crescente fluxo de indivíduos além das fronteiras de seus países de origem. Tal fenômeno, por sua vez, fomenta relações interpessoais familiares entre cidadãos pertencentes a nações distintas, o que, conseqüentemente, provoca a intensificação da complexidade de algumas questões fático-jurídicas, dentre elas, a subtração de menores com caráter internacional, advinda como consequência da alienação parental. Diante disso, o presente artigo tem por escopo abordar a prática da mediação transfronteiriça como mecanismo adequado e recomendável, para tratar dos litígios familiares internacionais. Para tanto, por meio de metodologia descritiva, com base em pesquisa bibliográfica e em documentos nacionais e estrangeiros, o trabalho busca ressaltar os aspectos relevantes da mediação internacional e sua aplicação, evidenciando a relevância do instituto, dentro de seus limites e suas dificuldades, como potencial meio para respaldar os conflitos advindos das relações familiares transfronteiriças, sobretudo no que diz respeito à subtração internacional de menores. O estudo realiza um breve cotejo entre os modelos de mediação transfronteiriça instigados no âmbito dos países da União Europeia, e a aplicação desse instituto no Brasil, ressaltando as críticas à morosidade do sistema brasileiro e a importância da cooperação jurídica internacional para a efetividade da mediação, e, por conseguinte, da tutela dos interesses do núcleo familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos Familiares. Alienação Parental. Subtração Internacional de Menores. Mediação Transfronteiriça. Cooperação Internacional.

ABSTRACT: In today's world, globalised, technological, and dynamics, it is increasingly observed the individuals' growing flow beyond the borders of their countries of origins. Such phenomenon in turn fosters family

interpersonal relations between citizens belonging to different nations, what therefore leads to an increase of the complexity of some factual-legal matters, among them the children's abduction with international character achieved through consequence of the parental alienation. In face of it, the present article has by scope tackle the practice of cross-border mediation as an appropriate and advisable mechanism to deal with international Family litigation. For this purpose, through descriptive methodology, based on bibliographical research, and on national and international documents, this work searches to point out the relevant aspects of the international mediation, and its application, highlighting the relevance of the institute with its limits and difficulties as a potential mean to back up the conflicts created by the cross-bordered family relations, especially regarding the international children's abduction. The study conducts a brief comparison among the international mediation's models instigated in the context of the European Union's countries, and the application of this institute on Brazil, underscoring the critics to the length of the Brazilian system, and the importance of the international legal cooperation to the mediation's effectivity, and thus to the tutelage of the Family nucleus' interests.

KEYWORDS: Family Disputes. Parental Alienation. International Children's Abduction. Cross-border Mediation. International Cooperation.

INTRODUÇÃO

Observa-se, com os gradativos avanços tecnológicos, a constituição do fenômeno da globalização, o qual é responsável por, dentre outras consequências, promover uma redução relativa das distâncias entre os países. Tal aproximação, por sua vez, ocasiona uma maior interação entre povos distintos, possibilitando, desse modo, além da fixação de residência em diversos países por estrangeiros, a expansão do número de relacionamentos românticos transnacionais.

Contudo, em contrapartida, há também o crescimento da quantidade de términos destas mesmas relações amorosas, fato que acentua a internacionalização de alguns conflitos familiares, dentre eles os que envolvem crianças descendentes de pais com nacionalidades distintas. Assim sendo, tendo em vista os conflitos familiares vinculados a menores, pode-se destacar a alienação parental, que, resumidamente, consiste no afastamento provocado intencionalmente por aquele que possui o direito de guarda do infante-juvenil em face de um dos genitores, assim abalando os laços familiares da criança e, em virtude disso, afastando-a de um convívio familiar sadio.

Isto posto, tal modalidade de conflito, em geral praticada por parte de um dos pais da criança em relação ao outro, agrava-se, demasiadamente, quando sai do plano da manipulação do menor para integrar a subtração internacional desse. Ou seja, quando há a remoção do menor do seu país de residência por parte do genitor detentor do direito de guarda sem que haja a autorização do genitor alienado, de modo a dificultar ou, até mesmo, impossibilitar qualquer tipo de contato entre eles.

Surge, diante de tal contexto, a necessidade de se tutelar os interesses dos menores e dos Estados envolvidos nessas questões, de sorte que autoridades competentes nacionais, cooperativamente, incumbem-se de tamanha responsabilidade judicial. Todavia, com o enaltecimento dos métodos consensuais de tratamento de conflito pelos ordenamentos jurídicos, dentre eles o brasileiro, propaga-se a proposta da utilização da mediação familiar para lidar com os conflitos de subtração internacional.

Assim sendo, hodiernamente, as autoridades competentes dos Estados comprometidos em tutelar, nacional e internacionalmente, as pessoas e os seus direitos se voltam para a concretização da mediação, instituto auto compositivo a partir do qual a figura do mediador auxilia as partes a construírem um canal de comunicação, de modo que, conforme os seus interesses, possam produzir soluções consensuais e menos dolosas a todos os litigantes. Observando-se, através dessa ótica, um preterimento das decisões proferidas pelo Estado-juiz, as quais podem produzir resultados menos efetivos e adequados para o conflito, algo extremamente lesivo nos casos de subtração internacional, uma vez que as sentenças judiciais podem, tais como o fazem em certas circunstâncias, produzir efeitos deteriorantes aos interesses da família e ao bem-estar físico e mental da menor alienado.

Compreende-se, conforme o exposto, que o presente artigo tem por escopo abordar a prática da mediação, ressaltando sua importância enquanto mecanismo capaz de tratar conflitos familiares de cunhos tranfronteiriços, com foco no que diz respeito à subtração internacional de menores. Assim, tecendo comentários críticos acerca do procedimento adotado para a sua concretização e dos entraves que necessitam de superação para o funcionamento efetivo do instituto.

Trata-se, então, de uma pesquisa dotada de metodologia qualitativa em que, por meio de bibliografia exploratória, defende-se a adequação da mediação com as suas devidas ressalvas.

1 BREVE ENSAIO SOBRE A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 NOS CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES

A alienação parental, como já mencionado anteriormente, corresponde ao afastamento intencionalmente provocado por um dos genitores, assim desestruturando os laços afetivos do menor e, conseqüentemente, causando-lhe danos psicológicos e emocionais que podem se desenvolver até constituir lesões graves, e até mesmo permanentes, no seu desenvolvimento individual. Essa alienação, no contexto atual de um crescente fluxo de pessoas na sociedade global, pode também ocorrer num âmbito transfronteiriço, uma vez que, esse aumento da mobilidade internacional muda tanto o perfil das famílias quanto globaliza os problemas familiares. É nessa perspectiva que a alienação parental tradicional se internacionaliza e ocorre a chamada Subtração Internacional de Menores.

Antes de terem sido criados instrumentos que sanassem essa situação, a subtração internacional dos menores por um de seus pais era uma temática difícil de ser mitigada, “presumia-se que depois que a criança fosse restituída para outro país jamais retornaria. Não havia nenhum instrumento em prol da cooperação entre os poderes” (ARAÚJO, 2018, p. 341). A Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, a qual só foi internalizada pelo Brasil em 2000, se mostra como um importante instrumento multilateral de cooperação jurídica internacional para a salvaguarda dos direitos dos menores.

Para a Convenção, a subtração internacional pode ser caracterizada pela remoção da criança por um de seus pais, sem o consentimento do outro, a um país diferente daquele de sua residência habitual, sem que haja na época um decreto de guarda; ou pela remoção da criança por um dos pais, como forma de desrespeitar uma decisão judicial acerca da guarda, à um país onde esta decisão não possui efeitos; ou pela retenção da criança em um país diferente do seu domicílio habitual por um dos pais, que não é o seu guardião legal, após o tempo de visita autorizada à este outro país (ARAÚJO, 2018, p. 303-304).

A Convenção de Haia de 1980 representou um marco divisor na história dos tratados internacionais. Ao fugir do modelo tradicional que se preocupava hegemonicamente com a questão de qual lei seria a aplicável, demonstra ser um importante instrumento de cooperação internacional, uma vez que possui dispositivos que objetivam o rápido retorno dos menores e a garantia dos direitos de visita e de guarda. Apesar disso, a Convenção é clara ao estabelecer que as questões relativas à guarda do

menor só serão apreciadas segundo a lei da residência habitual do menor, não sendo, portanto, objeto da Convenção.

A efetivação dos instrumentos positivados no texto da Convenção se dá através da atuação das Autoridades Centrais, “cujo papel é crucial para que seus mecanismos não se transformem, como ocorre em tantas outras convenções, em letra morta” (ARAUJO, 2018, p. 348). No Brasil, além do papel da Secretaria de Direitos Humanos como Autoridade Central, faz-se necessário mencionar o papel da Advocacia Geral da União que atua como *jus postulandi* da União, de modo a defender os interesses desta no sentido de tanto realizar a cooperação jurídica internacional, quanto de empregar esforços para garantir a saúde física e psicológica do menor e, conseqüentemente, o seu retorno célere à sua residência habitual (BRASIL, 2011, p. 9).

Além desses pontos abordados, é preciso observar que a Convenção se orienta no sentido de garantir a efetividade do princípio do melhor interesse da criança que funciona como um vetor axiológico a ser seguido nestas situações (ARAUJO, 2018, p. 345). Este princípio encontra respaldo no artigo 227, caput da Constituição Federal.

O princípio do melhor interesse significa que a criança — incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança — deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÓBO, 2011, p. 75).

Contudo, apesar da notória importância que tal tratado internacional possui, não se pode negar que ele opta por um caminho voltado a judicialização transnacional dos conflitos, o que, em certos casos, como os vinculados à subtração de menores, pode ser um mecanismo falho em apresentar resultados adequados às necessidades do caso concreto. Nesse interim, outros dispositivos, além da judicialização, passaram a serem cogitados como adequados para os tratamentos de conflitos de tamanha magnitude, dentre eles a mediação transfronteiriça. Este instituto, por si só, merece uma análise rigorosa e qualitativa em virtude do seu potencial enquanto instrumento propício para sanar litígios, de modo que, como foco do presente artigo, tem seus procedimentos, seus entraves e seus benefícios destrinchados no decorrer deste texto.

2 ASPECTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

É necessário compreender, antes de se iniciar uma análise acerca da mediação transfronteiriça, que tal instituto consiste em um método auto compositivo de tratamento dos conflitos. Isto é, o mediador atua como sujeito competente para, através de certas técnicas, construir um canal comunicativo entre as partes, de modo que estas possam, por meio de um diálogo saudável, constituir, voluntariamente e com base nas suas autonomias privadas, um acordo a ser homologado pelo Poder Judiciário. Assim, constituindo uma solução conjunta e menos dolosa a ambos os litigantes, sendo, portanto, mais passível de cumprimento sem maiores resistências, preservando os laços afetivos constituídos em momento anterior ao litígio (DIDIER, 2017, p. 308).

A filosofia subjacente à mediação é a que as partes envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo na medida em que o mediador não impõe às partes a obtenção de um acordo ou o seu conteúdo; a sua função é a de *esclarecer as partes acerca de seus direitos e deveres face à mediação e a de as aproximar, facilitando a obtenção de um acordo, sem o impor* (grifo nosso) (CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, 2017, p. 42).

Os ordenamentos jurídicos hodiernos, observando tais questões, têm voltado seus olhos para a aplicação desta prática nos limites de suas jurisdições (art. 3º do CPC nacional, por exemplo). Contudo, percebe-se também a possibilidade de se empregar tal instituto em conflitos de cunho transfronteiriço, nos quais a judicialização, embora respaldada, não produz os mais eficientes dos resultados, podendo até mesmo ser dolosa às partes e aos terceiros envolvidos no processo, como o é, muitas vezes, nos casos envolvendo a subtração internacional de menores.

Isto posto, passemos à análise da mediação transfronteiriça em si, entendendo-a como um método a ser almejado no tratamento de conflitos familiares que transcendem as esferas jurisdicionais de seus litigantes, ou seja, envolvendo mais de um ordenamento jurídico no decorrer do processo. Entretanto, segundo o Centro de Estudos Jurídicos (2017, p. 19), é preferível, embora o possa ser em qualquer momento processual, que este mecanismo seja aplicado nas fases iniciais dos litígios, uma vez que, assim, ele pode agir de modo profilático, impedindo o agravamento da situação e tornando mais fácil a construção do canal de diálogo entre as partes. Embora também se mostre propícia em momento executório do processo, tornando a efetivação da tutela mais segura e menos debilitantes às partes e aos terceiros afetados pela questão.

Em vista disso, no que diz respeito à alienação parental, salienta-se que a mediação é recomendável, principalmente, antes de atingir seu caráter transfronteiriço, ou seja, quando ainda não houve a concretização da subtração internacional de crianças. Nessa conjuntura, os acordos mediados podem ir ao encontro aos preceitos da Convenção de Haia (1980), abarcando questões referentes ao regresso da criança, à regulamentação das responsabilidades parentais, ao contato dos genitores com a criança, à transferência da residência da criança para outro Estado, e às garantias do direito de contato do genitor alienado (CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, 2017, p. 19 – 20). Assim, em consequência disso, nas Convenções de Haia de 1996, de 2000 e de 2007, foram prescritas normas acerca do incentivo à realização de métodos consensuais de tratamento dos litígios.

Nesse interim, para que a mediação transfronteiriça ocorra adequadamente à tutela das pessoas e dos direitos é fundamental que haja a cooperação entre as autoridades competentes ao gerirem os procedimentos, contanto para tal com o auxílio dos diversos sujeitos processuais, desde advogados especializados nesta modalidade de tratamento do litígio até juízes filiados a instituições próprias para atuar nos casos concretos, assim promovendo maior segurança a aplicação deste instituto jurídico. Tal segurança, por sua vez, mostra-se fruto da superação de diversos entraves a sua utilização, tais como as divergências linguísticas entre os litigantes, as possíveis disparidades econômicas entre as partes, os excessivos custos de reuniões presenciais para firmar o acordo e as divergências formais entre os ordenamentos jurídicos envolvidos no conflito.

Ainda, podendo o mediador, a partir da observação minuciosa das questões próprias do caso concreto, extinguir a mediação caso constate sua ineficácia em trazer quaisquer frutos benéficos ao litígio ou a ausência de qualquer perspectiva de progresso no canal comunicativo entre as partes, logo, no acordo (CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, 2017, p. 43).

Diante do exposto, por fim, entende-se que o acordo de mediação deve ser: a) realista, apreciando as questões fático-jurídicas próprias do processo, de modo a contemplar conteúdo passível de execução dentro os limites formais e materiais; b) maximamente detalhado para que possa ser interpretado e aplicado sem causar conflitos secundários entre as partes, podendo, inclusive, abarcar tanto questões judiciais quanto extrajudiciais; c) um reflexo da autonomia das partes, partindo, portanto, de atos voluntários e conscientes; d) contemplado em todos os Estados envolvidos no litígio para que possa ser cumprido de acordo com todos os ordenamentos que afeta (CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, 2017, p. 25);

Partamos, então, após este breve ensaio acerca dos aspectos gerais da mediação transfronteiriça e do possível acordo a ser mediado, às questões procedimentais de tal instituto.

3 OS SUJEITOS PROCESSUAIS DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

A partir das considerações feitas acerca da mediação familiar transfronteiriça, torna-se necessário observar algumas questões referentes ao papel do mediador. A presença do mediador, em auxílio conjunto com outros profissionais que assistam os sujeitos em conflito, possui a função de facilitar a comunicação entre as partes para que estas construam a melhor solução ao seu litígio. Aos mediadores não pertence o poder decisório, mas tão somente serão os instrumentos pelos quais as partes chegarão a um consenso, sem a necessidade da intervenção judicial. Nos conflitos familiares que envolvem crianças, a presença do mediador é de suma importância para que as necessidades dessas sejam priorizadas, uma vez que, muitas vezes, os pais sobrepõem suas divergências ao interesse delas. Os mediadores funcionam como um terceiro imparcial.

É fundamental que esses profissionais atuem de modo a criar um “cessar fogo” entre partes e, para isso, devem abrir canais de comunicação entre elas, agir de modo a ganhar a sua confiança, identificar os obstáculos por elas enfrentados e permitir que estas expressem seus sentimentos. Além disso, o mediador é responsável por ajuda-las a determinar e entender seus interesses e suas prioridades, a pensar em novas soluções, a perceber as limitações de suas demandas e deve permitir que a mediação se mova em acordo com as necessidades e com o ritmo das partes (SHAMIR, 2003).

É essencial compreender que, para se alcançar estes objetivos, esse profissional se utiliza de diversas técnicas e estratégias, uma vez que não podem emitir juízos de valor sobre a situação em mediação. É indiscutível que o mediador deve auxiliar as partes a manter o respeito entre si e entre suas culturas. Nessa perspectiva, o mediador, para assegurar que não haja mal-entendidos entre as partes, ouve atentamente o que estas dizem, repete e reformula o que dizem umas às outras. Ele observa suas reações e direciona seus questionamentos de modo a construir soluções consensuais que reflitam os anseios dos litigantes e que priorizem acima de tudo as necessidades dos menores, caso estes estejam envolvidos no conflito (CARATSCH, 2014).

Fica evidente a real importância do mediador e, por todas essas razões, torna-se fundamental que este profissional apresente certo nível

de qualificações que o tornem apto a atuar. Os requisitos necessários aos mediadores nacionais são comuns aos internacionais, com alguns pontos a serem acrescentados em relação aos últimos. Segundo o Código Europeu de Conduta para Mediadores, estes devem possuir as competências necessárias e sempre atualizar a sua formação para que o procedimento por eles realizado alcance os critérios de qualidade mais rigorosos (COMISSÃO EUROPÉIA, 2004). Pode-se afirmar, então, que a sua formação deve contemplar ao máximo as áreas relevantes ao procedimento de mediação, como, por exemplo, as áreas do Direito pertinentes à sua atuação, as técnicas de comunicação e de negociação, assim como os fatores psicossociais presentes nos conflitos familiares (CARATSCH, 2014).

Os mediadores, assim como ocorre com os juízes, estão sujeitos a sofrerem impedimentos, ou seja, caso estejam presentes certas circunstâncias que ponham em xeque a suas neutralidades, estes podem ser afastados para que se evitem conflitos de interesses. O Código Europeu de Conduta para Mediadores lista três circunstâncias possíveis: “uma relação pessoal ou profissional com uma das partes; um interesse financeiro, direto ou indireto, no resultado da mediação; ou um mediador, ter prestado serviços, que não de mediação, a uma das partes” (COMISSÃO EUROPÉIA, 2004, p.3). O Direito brasileiro os mediadores são considerados auxiliares de justiça e a eles são aplicadas, como disposto no artigo 148, II do Código de Processo Civil brasileiro, as causas de impedimento e suspensão comuns aos juízes (artigos 144 e 145 do mesmo dispositivo).

Além do mediador e das partes, nos casos de mediação de conflitos familiares é possível que haja a participação da criança nas sessões. A belicosidade gerada pelos pais certamente atinge os filhos de um modo ou de outro, assim como também àqueles que possuem laços estreitos com os litigantes. Nessa perspectiva, é possível observar benefícios na participação dos menores na mediação. Ouvir as opiniões da criança possibilita a ela manifestar os seus sentimentos e a sua vontade, que pode estar ou não de acordo com os anseios de seus pais. Em outra perspectiva, pode direcionar os pais a perceberem que, muitas vezes, sobrepõem a sua posição pessoal ao melhor interesse da criança, de modo que, nesse caso, ouvir a criança, permitiria que estes comessem a priorizar as questões referentes a ela em detrimento dos conflitos entre eles.

Entretanto, a participação das crianças no processo de mediação é uma questão delicada. Devem ser analisados diversos requisitos como a idade, se ela possui maturidade suficiente para se expressar claramente e o mediador deve assegurar que a sua participação se deve a tão somente

dar voz aos seus anseios e não para tomar o lado de um ou outro genitor. Além disso, os pais devem concordar com a participação, visto que, ao contrário do juiz, o mediador não pode convocar a criança, mas tão somente chamar a atenção dos pais sobre a relevância em ouvi-la. Vale assinalar que, a depender da legislação de cada país, a criança poderá ser ouvida com ou sem a presença dos pais e o profissional que irá ouvi-la deve possuir formação especializada para que a conversa seja conduzida de modo a respeitar suas necessidades. Entretanto, muitos profissionais não são suficientemente capacitados para conduzir este tipo de participação.

No que tange aos casos de alienação parental internacional, a participação da criança no procedimento de mediação se mostra um meio de reconstruir a relação e o diálogo entre ela e o genitor alienado, sendo assim, sua participação pode ajudar a mitigar os efeitos prejudiciais do afastamento entre filho e pai/mãe. Ademais, a participação de terceiros ligados à família, neste processo, também dependerá da anuência dos sujeitos envolvidos e do código de conduta ou da legislação específica que regula a atuação do mediador.

4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO TRANS-FRONTEIRIÇA

Ao se discutir o processo de mediação familiar internacional, faz-se necessário apontar os princípios e fundamentos que norteiam esse procedimento. Desde já é preciso ressaltar a natureza voluntária da mediação, ou seja, ambas as partes devem concordar em se submeter ao procedimento de mediação. Nos casos envolvendo a Convenção de Haia de 1980, a mediação se encontra como uma das medidas cabíveis ao processo de regresso da criança e a decisão dos tribunais não poderá sofrer a influência da anuência ou da relutância dos pais em se utilizar da mediação para resolver o conflito.

Deve existir o consentimento informado que se caracteriza pelo fornecimento, às partes, de todas as informações pertinentes ao processo de mediação e aos outros meios procedimentais possíveis em cada caso concreto. Devido à complexidade dos conflitos familiares internacionais, outras informações jurídicas específicas podem ser necessárias e estas devem ser acessadas por meio das Autoridades Centrais de cada Estado.

A mediação precisa ser conduzida de modo a permitir o equilíbrio na participação de cada parte, o mediador deve ser uma figura neutra e imparcial, sem interesse no resultado do procedimento. Um ponto

importante é permitir às partes que se manifestem em sua língua materna ou em outra que possuem domínio (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 57). A confidencialidade também se mostra como um importante princípio neste procedimento, uma vez que cria um ambiente seguro para que as partes possam discutir as questões pertinentes ao seu conflito. Nos casos de subtração internacional de crianças, “o progenitor cujo direito de custódia foi violado provavelmente hesitaria em indicar que poderia concordar que a criança permanecesse no outro Estado, se temesse que isto pudesse ser interpretado como uma concordância” ao novo domicílio da criança (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 57). Entretanto, excepcionalmente, a depender da legislação aplicada, o mediador pode ser obrigado a contar certas informações caso haja indícios que o menor esteja em situação de risco físico ou psíquico (CARATSCH, 2014).

Os pais devem ser encorajados pelos mediadores a sempre priorizarem as necessidades e o bem-estar das crianças, uma vez que o que for decidido por eles irá afetar diretamente a vida delas. O processo de mediação de conflitos familiares precisa prestar especial atenção a esses interesses, uma vez que, além de influenciarem diretamente na eficácia jurídica dos termos acordados, o respeito aos direitos dos menores se faz imprescindível.

Por fim, é preciso especial atenção, num contexto de mediação transfronteiriça, ao respeito às diversidades culturais de cada genitor, as quais devem ser entendidas e consideradas pelo profissional ao longo do procedimento.

5 ACESSO E ESTRUTURA DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

Tendo em vista a escassez de informações sobre a mediação familiar internacional no direito brasileiro, a análise feita sobre o procedimento se baseará no modelo da União Europeia, o qual se mostra ativamente desenvolvido e incentivado entre os seus países membros.

No âmbito dos conflitos familiares internacionais, com destaque para os casos de subtração internacional de menores, a co-mediação, ou seja, o procedimento conduzido por dois mediadores demonstra-se a melhor alternativa, sendo ideal que cada um deles seja: ou da mesma nacionalidade ou fluente na língua nativa de um dos mediados. No contexto da subtração internacional, muitos casos se utilizam também de mediadores de gêneros diferentes de modo a garantir maior equilíbrio ao procedimento (COMISSÃO EUROPEIA, 2012).

Ao buscarem a possibilidade da mediação internacional, devem ser dadas às partes todas as informações disponíveis referentes à mediação, com destaque aos princípios aplicados e à atuação da Autoridade Central responsável, sendo tais dados reafirmados no primeiro contato dos litigantes com o mediador. Segundo o Código Europeu de Conduta para mediadores, os termos e condições pelos quais a mediação se realizará poderão ser lavrados num contrato escrito (COMISSÃO EUROPEIA, 2004). O mediador deverá ouvir a exposição do problema pelas partes; identificar os anseios e os desejos destas; apontar as questões convergentes entre elas e ajuda-las a ponderar soluções para àquelas divergentes; quando houver acordo entre elas, o mediador e os mediados deverão redigir um acordo claro e circunstanciado para que este possa futuramente produzir efeitos jurídicos em seus países de origem. Entretanto, caso não haja acordo, o mediador apresenta o que foi debatido e o progresso alcançado e encerra a mediação, podendo, as partes, então, instaurar a ação judicial e/ou prosseguir a que já foi instaurada (PORTAL..., 2018).

A mediação pode ser introduzida em qualquer fase do processo, verifica-se, nos casos envolvendo a Convenção de Haia de 1980, uma urgência em estabelecê-la, uma vez que quanto mais tempo a criança e o genitor alienado ficam afastados, mais difícil é para restaurar o vínculo entre eles. Nesta situação, este instituto deve ser realizado o mais rápido possível, algo que requer a disponibilidade dos mediadores envolvidos, tornando, assim, necessária a criação de listas de mediadores qualificados em cada Estado (COMISSÃO EUROPEIA, 2012).

Quanto ao local em que deve ser realizada, a distância geográfica pode ser um entrave à realização da mediação. É frequente que o local seja o país no qual a criança foi ilicitamente deslocada o que se mostra vantajoso, uma vez que permite o restabelecimento do contato com o genitor afastado. Porém, dependendo do lugar, o genitor alienado pode enfrentar dificuldades em relação às despesas da viagem e aos entraves jurídicos para entrar no outro país, de modo que a sua presença em outro país “para participar no processo de regresso com base na Convenção pode ser uma oportunidade para tentar mediar nesse Estado” (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 51). Nessa situação o genitor alienado não suporta as despesas da viagem. Se o local escolhido for aquele de domicílio da criança, existia a possibilidade de o alienador sofrer um processo criminal neste país por ter subtraído ilegalmente o menor. Eventualmente existe a opção de se escolher um terceiro país como um local neutro, ou até mesmo a realização de uma mediação virtual, por meio de videoconferências ou pelo telefone. A escolha do local vai depender de uma análise profunda em cada caso concreto.

Os custos do procedimento podem ser um dos fatores que impedem a maior aplicação desta prática. Os processos judiciais envolvendo a subtração internacional de menores são gratuitos para o genitor que requer, como disposto no artigo 26 da Convenção de Haia de 1980, entretanto o mesmo não se aplica à utilização da mediação. Os mediadores por vezes se encontram “vinculados a uma tabela de honorários quando se inscrevem numa associação de mediação”, em países onde há legislação que regule a mediação internacional existe a fixação desses honorários na própria lei ou nos tribunais onde o procedimento se realiza (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 49). O ideal seria que os Estados ao menos oferecessem subsídios à mediação para que esse ela possa ser priorizada por ser um método mais eficaz e mais célere na resolução dos conflitos familiares.

6 O MODELO EUROPEU DE MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA E O USO DESSE PROCEDIMENTO NO BRASIL

É digno de nota que alguns países possuem legislações que regulam a formação de mediadores ou que dispõem os requisitos necessários para que se possa atuar como um mediador. Nos Estados em que não há leis específicas, muitas organizações e associações de mediação estabelecem requisitos mínimos a serem cumpridos para que seja possível atuar como mediador. Além disso, em muitos países existem códigos de conduta não oficiais que regulam a atuação desses profissionais. Infelizmente, a maioria desses instrumentos citados não aborda questões referentes à mediação internacional. Claro que, não basta somente existirem os instrumentos jurídicos voltados à regulamentação da mediação, mas também se fazem necessários mecanismos que fiscalizem a atuação dos mediadores. Além disso, os órgãos responsáveis pela fiscalização devem ser neutros e possuírem critérios comuns de avaliação.

Pode-se citar, por exemplo, o Código Europeu de Conduta para Mediadores que dispõe sobre os princípios que os mediadores europeus e organizações que prestem serviços de mediação podem se utilizar para exercerem a mediação. A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que prescreve alguns pontos a serem considerados pelos Estados Europeus acerca da mediação em matéria civil e comercial. A Recomendação n.º R (98)1 do Comitê de Ministros direcionada aos Estados membros acerca da mediação em âmbito familiar.

Especial destaque se faz à Diretiva 2008/52/CE, a qual regula a aplicação da mediação em aspectos civis e comerciais em litígios nos quais pelo menos uma das partes tenha o seu domicílio num Estado membro

diferente das outras partes. Este dispositivo tem a pretensão de incentivar a prática da mediação dentro da União Europeia. Para que essa pretensão se realize, a Diretiva dispõe de cinco regras essenciais:

- 1.^a Obriga os Estados-Membros a incentivarem a formação de mediadores e a garantirem uma mediação de elevada qualidade;
- 2.^a confere a cada juiz o direito de convidar as partes em litígio a recorrerem primeiro à mediação, se o considerar adequado atendendo às circunstâncias do caso;
- 3.^a prevê a possibilidade de os acordos obtidos por via de mediação serem declarados executórios se ambas as partes o solicitarem. O carácter executório pode ser estabelecido, por exemplo, mediante homologação de um tribunal ou certificação efetuada por um notário público;
- 4.^a assegura a condução da mediação num clima de confidencialidade. Neste sentido, dispõe que num futuro litígio entre as partes na mediação, os mediadores não podem ser obrigados a prestar depoimento em tribunal sobre o que ocorreu durante a mediação;
- 5.^a garante que as partes não perdem a possibilidade de levar o caso à tribunal em resultado do tempo gasto na mediação: os prazos de instauração da ação judicial suspendem-se durante a mediação (PORTAL..., 2017, online).

A Europa possui, atualmente, o modelo de mediação transfronteiriça melhor estruturado e organizado, além de promover ativamente a realização da mediação nos casos de conflitos familiares.

No Brasil, a mediação ainda está se estabelecendo como método alternativo de tratamento de conflitos. Pode-se citar a promulgação da Lei 13.140/2015, que versa sobre a mediação entre particulares no território brasileiro; da Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil brasileiro que coloca, em seu artigo 3.^o, §3.^o, a obrigatoriedade de se promover a mediação e outros métodos de resolução de conflitos no processo judicial; e da Resolução n^o 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (2010) que decretou a Política Judiciária Nacional a qual visa, em seu artigo 2.^o, a disseminação da cultura de pacificação social por meio da “centralização das estruturas judiciárias; adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; e do acompanhamento estatístico específico”.

Entretanto, apesar de dispor de vários dispositivos que objetivam promover a desjudicialização, a utilização da mediação em conflitos familiares internacionais possui uma presença tímida no Brasil. Fato este que é lamentável, uma vez que a mediação se mostra tanto ideal quanto eficaz na mitigação de tais conflitos, principalmente no que diz respeito aos casos de subtração internacional de menores. É digno de nota que no Brasil existem diversos casos envolvendo a Convenção de Haia de 1980, pode-se citar o Caso Sean Goldman que obteve ampla repercussão nacional, e que a mediação transnacional seria uma ótima forma de tentar sanar estas questões, em especial, levando em consideração a morosidade da justiça brasileira, a necessidade de uma resposta célere nas situações de subtração internacional e os impactos psicológicos, advindos da separação forçada em relação ao genitor alienado, nas crianças.

7 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A EFICÁCIA DAS DECISÕES ADVINDAS DA MEDIAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

Diante de tudo o que foi exposto, é inegável o papel benéfico da mediação nos contextos dos conflitos familiares, principalmente nos que envolvem a subtração internacional de menores. Apesar dos benefícios da mediação, esta não seria efetiva sem a devida cooperação, tanto entre os genitores quanto entre os países de origem destes. Dito isso, torna-se relevante analisar os mecanismos pelos quais a Cooperação Jurídica Internacional pode se realizar na prática da mediação.

Pode-se definir a Cooperação Jurídica Internacional como o *“instrumento por meio do qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita a outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses Estados”* (BRASIL, 2008, p. 7). Essa cooperação, entretanto, é feita por meio da figura da Autoridade Central que acompanhará o processo junto às autoridades estrangeiras. O pedido de cooperação é feito a este órgão que deve visar à efetividade e à celeridade deles. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos é a Autoridade Central brasileira e, juntamente com a Advocacia-Geral da União, atua nos casos envolvendo a subtração internacional de menores. Sendo assim, é de fundamental importância que a Autoridade Central, quando as partes procurarem o seu auxílio, forneça informações sobre os métodos alternativos de resolução de conflito e as suas vantagens quando comparadas aos processos judiciais.

Não só a Autoridade Central deve informar sobre a possibilidade da mediação, mas também os juízes e os tribunais. Estes realizam “um

papel importante na promoção de soluções de mútuo acordo (...) o tribunal competente para o processo de regresso ao abrigo da Convenção de 1980 deve considerar encaminhar as partes para a mediação ou serviços análogos” (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 44).

Aos advogados dos genitores também cabe à responsabilidade de incentivarem a resolução pacífica dos litígios, principalmente porque se envolve o bem-estar de crianças, assim essa responsabilidade envolve tanto o cliente quanto a defesa do melhor interesse dos menores incluídos.

O reconhecimento da decisão mediada pelo Poder Judiciário dependerá das especificidades da legislação de cada Estado. De modo geral, a decisão judicial num Estado A que inclui o acordado na mediação poderá ser reconhecida pelo Estado B, seja pela existência de um tratado internacional, seja porque a legislação do Estado B prevê a possibilidade de reconhecimento desse tipo de procedimento. Além disso, as partes podem requerer em relação ao acordado que entre elas fosse atribuída eficácia e executoriedade em ambos Estados (COMISSÃO EUROPEIA, 2012, p. 79).

Entretanto, mesmo nesses casos podem existir questionamentos quanto à competência de um ou de outro Estado para julgar ou para executar o que foi acordado. Nessa perspectiva, foi criada a Rede Internacional de Juízes da Conferência de Haia que via a ser um instrumento de comunicação entre os juízes dos países signatários da Convenção de Haia de 1980, o que permitiria a troca de informações e experiências sobre procedimentos e métodos utilizados. Além disso, esse canal de comunicação permitiria a atuação nos casos concretos suprindo possíveis faltas de informações referentes à situação da criança em seu domicílio habitual.

Nesse contexto, os membros da Rede podem envolver-se na criação de condições para assegurar o regresso da criança, incluindo o estabelecimento de medidas urgentes ou cautelares de proteção e de envio de informações acerca da guarda ou do regime de visitas, (...) tais medidas resultarão frequentemente numa considerável poupança e melhor utilização do tempo e de recursos, assegurando de forma plena o superior interesse da criança (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, p.7).

Uma pesquisa realizada pela *Reunite International Child Abduction Centre*, em 2006, constatou, após a realização de mediação em 28 casos de subtração internacional de menores, que 75% dos pais foram capazes de chegar a um acordo focando no melhor interesse dos filhos e garantiram que as crianças mantiveram um relacionamento positivo com ambos os

pais e suas famílias, ou seja, foi possível evitar um litígio no judiciário. A pesquisa também constatou que, mesmo dentre os que não conseguiram firmar um acordo, os genitores relataram relevante redução do conflito e um aumento na comunicação entre eles, em alguns casos os pais relataram que continuaram a conversar entre si e puderam chegar a um acordo entre eles.

O incentivo à mediação no âmbito da Convenção de Haia de 1980, apesar de não explícito, pode ser observado no artigo 7.º, “c”, da convenção que dispõe que as Autoridades Centrais devem “assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável” (BRASIL, 2000, online). Nessa perspectiva, a mediação se mostra como forma ideal para se mitigar as consequências advindas da Subtração Internacional tanto para a criança, que voltará a ter contato com o genitor alienado, quanto aos próprios pais, que terão a sua comunicação restaurada e poderão discutir a questão visando o melhor interesse da criança e não suas questões pessoais.

8 CONCLUSÃO

Há de se entender, diante do exposto, primeiramente, que a subtração internacional de menores constitui uma prática nociva e herculeamente degradante para as suas vítimas e, em segundo plano, para o próprio Estado, enquanto responsável por tutelar os direitos e as pessoas nos limites de sua jurisdição.

Afinal, os infanto-juvenis subtraídos sofrem um atentado a suas constituições psicoemocionais, pois, em razão de suas demissões abruptas de seus países de origem e do afastamento violento em relação àquele que teve o direito de guarda agredido, eles têm os seus próprios interesses, direitos e referenciais existenciais abalados e violados, configurando, nesta perspectiva, uma afronta gravíssima às suas personalidades e, conseqüentemente, às suas formações individuais e coletivas. Já, naquilo que repercute ao plano estatal, compreende-se tal aspecto degradante na necessidade da mobilização de recursos e de pessoas para o tratamento de práticas cujas melhores soluções nem sempre conseguem ser alcançadas com a sua intervenção, isto é, mesmo com o desprendimento adequado e efetivo das forças do Estado, às vezes, o tratamento do conflito requer maior discricionariedade e especificidade para que justamente se mitiguem ao máximo os danos aos menores envolvidos e às suas relações familiares.

Desse modo, demonstra-se viável, e extremamente desejada, a aplicação da mediação para o tratamento de conflitos familiares de cunho

internacional, em especial no que se refere à subtração transfronteiriça, uma vez que este complexo instituto jurídico, hodiernamente, é capaz de transcender as esferas jurisdicionais dos litigantes em prol de alcance da tutela mais favorável aos interesses envolvidos. Desse modo, por meio da conservação e da promoção do canal comunicativo entre as partes, é possível que haja um atendimento especializado para o atendimento das demandas, não contando somente com a atuação dos mecanismos jurisdicionais, o que contribui para a superação de entraves ao atendimento dos interesses.

Assim sendo, demonstra-se como uma medida deveras produtora quando devidamente regulamentada e aplicada pelos seus sujeitos processuais, tanto que, conforme relatórios fornecidos pela União Europeia, propiciou resultados satisfatórios nos 28 (vinte e oito) casos em que foi já aplicada, algo muito significativo quando cotejada com a efetividade do modelo brasileiro, em que esta prática ainda encontra-se em caráter embrionário. Portanto, é inegável a sua possibilidade latente enquanto novo viés para a proteção dos indivíduos captados nos conflitos, em especial no que compete ao ramo familiar, tendo em vista que se busca a sua célere efetivação, para que se contenha os mais variados danos, ainda mais no cenário transnacional de aplicação do direito.

REFERÊNCIA

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. “*Sequestro Internacional de Crianças*”. 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria Civil*. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais/manuais-da-corregedoria/2009Manual_CooperacaoCivil.pdf#page=39>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. *Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CARATSCH, Cilgia. *Resolving Family Conflicts: A Guide to International Family Mediation*. To help you. To protect your childrens. Geneva: International Social Service (iss), 2014. Disponível em: <[http://www.iss-usa.org/uploads/File/Guide to IFM.pdf](http://www.iss-usa.org/uploads/File/Guide%20to%20IFM.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS (Ed.). *A Mediação Familiar nos Conflitos Transfronteiriços*: workshop. Lisboa, 2017. (Caderno Especial). Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/a-mediacao-nos-conflitos/downloadFile/attachedFile_f0/eb_MediacaoConflitosTrans.pdf?nocache=1492592088.37>. Acesso em: 09 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Guia de boas práticas*: nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças. Bélgica: A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente, 2012. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. *Comunicações judiciais diretas*: Orientações relativas ao desenvolvimento da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e aos Princípios Gerais das Comunicações Judiciais, incluindo as salvaguardas comumente aceites para as Comunicações Judiciais Diretas em casos específicos, no âmbito da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia. Haia: Conferência da Haia de Direito Internacional Privado Secretariado Permanente, 2015.

_____. *European Code Of Conduct For Mediators*. [s.l.], Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução Nº 125*. Brasília, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DUARTE, M. *Lei de Alienação Parental em Auxílio aos Diplomas Internacionais de Proteção à Criança e Adolescente*. 2015. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/lei-de-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-em-aux%C3%ADlio-aos-diplomas-prote%C3%A7%C3%A3o-duarte>>. Acesso em: 28/04/2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Subtração Internacional de Crianças à luz da Convenção da Haia de 1980. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAUJO, Nádia de (Org.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade - 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 297-321.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTAL EUROPEU DE JUSTIÇA. *Panorama da mediação na UE*. 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. *Princípios fundamentais e fases da mediação*. 2018. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_key_principles_and_stages_of_mediation-383-pt.do?clang=pt>. Acesso em: 09 jun. 2018.

REUNITE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CENTRE. *Mediation In International Parental Child Abduction: The reunite Mediation Pilot Scheme*. Leicester: 2006. Disponível em: <[http://www.reunite.org/edit/files/Library-reunite Publications/Mediation Report.pdf](http://www.reunite.org/edit/files/Library-reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2018.

SHAMIR, Yona. *Alternative Dispute Resolution Approaches and their Application*. [s.l.]: Unesco-ihp, 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001332/133287e.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

RECEBIDO EM: 17/01/2019

APROVADO EM: 29/05/2019

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: ANÁLISE DA EC Nº 85/2015 A PARTIR DO CONTEXTO INOVADOR NACIONAL

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF TECHNOLOGICAL
INNOVATION: ANALYSIS OF EC Nº 85/2015 FROM THE
NATIONAL INNOVATIVE CONTEXT*

Rodrigo Meireles Ortiz

*Mestrando em Direito e Justiça Social. Especialista em Direito Processual Civil.
Desenvolve pesquisas no âmbito do Direito, com ênfase em Propriedade Intelectual.
Procurador Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do Contexto Inovador Nacional; 1.1 Das políticas estatais voltadas à inovação até a EC nº 85/2015; 1.2 Dos resultados das políticas de inovação; 2. Da Constitucionalização da Inovação Tecnológica; 2.1 Da competência administrativa e legislativa; 2.2 Da flexibilidade orçamentária; 2.3 Da inovação no Sistema Único de Saúde; 2.4 Do investimento público à política de inovação; 2.5 Do capítulo IV da Ordem Social Constitucional; 2.6 Outros impactos da EC nº 85/2015; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho pretende analisar as modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 85/2015, a partir do contexto inovador nacional. Nesse intuito, aborda-se as recentes políticas nacionais de inovação e seus resultados, através da revisão bibliográfica e da consulta a sites de órgãos oficiais e de fomento. Os dados coletados indicam que, embora sejam envidados esforços para o desenvolvimento de inovações tecnológicas no país, há o incremento de um potencial inovador que não se traduz em resultados inovadores. Como instrumento de aclimatação deste cenário, a Emenda Constitucional nº 85/2015 inclui a inovação entre os temas da ordem constitucional social, trazendo novos elementos para a criação de ambientes inovadores. Por meio da pesquisa bibliográfica e da consulta às justificativas apresentadas pelo constituinte reformador ao texto, destacam-se as principais modificações da Emenda em cinco núcleos, quais sejam, modificações de competências, flexibilidade orçamentária, atribuições do SUS, apoio financeiro do poder público à política de inovação e capítulo IV da Ordem Social Constitucional, analisando-se, ao final, outros impactos do instrumento. A redação do texto constitucional, além de dar segurança jurídica à relação entre agentes públicos e privados, fortalece o papel do Estado na busca pela inovação, cabendo aos atores envolvidos implementar força normativa ao instrumento.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional nº 85/2015. Inovação. Tecnologia. Ciência. Pesquisa. Desenvolvimento.

ABSTRACT: The paper intends to analyze the changes promoted by Constitutional Amendment nº 85/2015, from the national innovative context. In that intent, are approached the recent national innovation policies and their results, through bibliographical review and consultation with official and fomentation agencies websites. The data collected indicate that, although efforts are made to development technological innovations in the country, there is an increase in innovative potential that does not translate into innovative results. As an instrument of the acclimatizing this scenario, Constitutional Amendment nº 85/2015 includes innovation among the themes of the constitutional social order, bringing new elements for the creation of innovative environments. Through bibliographical research and the consultation of the justifications presented by the reforming constituent to the text, highlight the main modifications of the Amendment in five nuclei, namely, modifications of competencies, budgetary flexibility, attributions of the SUS, financial support of the power public to innovation policy and Chapter IV of the Constitutional Social Order, analyzing, at the end, others impacts of the instrument. The wording of the constitutional text, besides providing

legal certainty to the relationship between public and private agents, strengthens the role of the State in the search for innovation, and it is up to the actors involved to implement normative force to the instrument.

KEYWORDS: Constitutional Amendment nº 85/2015. Innovation. Technology. Science. Research. Development.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a inovação tecnológica consiste em um elemento central para a compreensão do desenvolvimento e para a produção de riqueza e bem-estar social dos países. De fato, diante do mercado internacional competitivo e globalizado, as nações se voltam à inovação no intuito de afastar a eventual dependência tecnológica estrangeira e garantir a soberania. E no Brasil, as políticas de desenvolvimento voltadas para a inovação são recentes, verificadas com mais ênfase a partir do século XXI.

Diante da importância e da atualidade do tema, o trabalho pretende analisar as modificações promovidas pela Emenda Constitucional da Inovação (EC nº 85/2015), a partir do contexto inovador no país, tanto pela sua relevância ao cenário inovador e ao desenvolvimento nacional, como em razão da novidade e da carência de estudos jurídicos sobre este instrumento.

Nesse intuito, o texto está dividido em dois títulos. O primeiro identifica o contexto da inovação nacional, destacando, a partir da revisão bibliográfica, as políticas estatais voltadas ao desenvolvimento de tecnologias até a EC nº 85/2015. Na sequência, verifica-se o resultado estatístico destas medidas, a partir de oito indicadores: publicações científicas, pesquisadores, investimento em pesquisa, economia, população, território, inovação e patentes. Para tanto, foram coletados dados dos seguintes sites eletrônicos: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação (MCTIC), Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Fundo Monetário Internacional (FMI), Agência Central de Inteligência (CIA), Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), Índice Global de Inovação (GII), além de relatório encomendado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

O segundo título se debruça sobre a constitucionalização do tema, destacando as mudanças trazidas pela EC nº 85/2015 em cinco núcleos. O primeiro identifica as modificações no sistema de competências administrativas e legislativas. O segundo aborda à flexibilidade orçamentária e a exceção estabelecida ao princípio da vedação do remanejamento. O terceiro analisa as modificações

nas atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS). O quarto, identifica o apoio financeiro do poder público à política de inovação. O quinto, principal núcleo modificativo, investiga o capítulo IV da Ordem Social Constitucional. E após, aborda-se brevemente outros impactos do instrumento. Para isso, além de livros e artigos científicos que abordassem a EC nº 85/2015, consultou-se as justificativas apresentadas ao texto pelo Constituinte Reformador nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de dados do MCTIC.

O desenvolvimento do trabalho pretende demonstrar o incremento do potencial inovador nacional que não se traduz em tecnologias inovadoras. Da mesma forma, visa-se contribuir para a análise e reflexão das principais modificações da EC nº 85/2015, destacando seu papel como instrumento ao cumprimento dos objetivos estatais na matéria. Ademais, almeja-se colaborar com a tomada de decisões estratégicas no âmbito da ciência e tecnologia, contribuindo para a eventual adequação e execução de políticas públicas que visem aclimatar a dependência nacional do mercado e da tecnologia estrangeira. Além disso, busca-se a compreensão de que a detenção de tecnologias é fundamental ao cumprimento dos fins desejados pelo Estado.

1 DO CONTEXTO INOVADOR NACIONAL

Na atualidade, o conhecimento e a inovação tecnológica representam importantes elementos utilizados para a produção de riqueza e bem-estar social, de forma que o estudo das dinâmicas das economias capitalistas nacionais depende da análise da inovação e do desempenho tecnológico dos países.

Assim, diante de novas demandas econômicas e sociais, as nações se voltam à adoção da inovação para sua inserção no mercado internacional competitivo e globalizado, seja pelo reflexo no desenvolvimento do país, seja pela eventual dependência tecnológica estrangeira e comprometimento da soberania.

Diante da importância e atualidade do tema, inicialmente se pretende observar neste trabalho o contexto inovador nacional, identificando as medidas estatais adotadas para o desenvolvimento de tecnologias até a EC nº 85/2015, bem como seus respectivos resultados, conforme se passa a expor.

1.1 DAS POLÍTICAS ESTATAIS VOLTADAS À INOVAÇÃO ATÉ A EC Nº 85/2015

No Brasil, a política de desenvolvimento nacional, após a Segunda Guerra Mundial, passou por algumas fases antes de se dedicar à inovação. A primeira, entre 1950 e 1980, caracterizou-se pela busca do desenvolvimento

através do crescimento econômico e da industrialização, contendo a presença de empresas estatais, forte protecionismo, incentivos fiscais, créditos e subsídios. A segunda, presente nas décadas seguintes até o fim do século XX, identifica-se com o desenvolvimento pela eficiência, diante da crise do modelo estabelecido e das dificuldades do Brasil na competição internacional da eletrônica e da informática.

Já a fase atual, iniciada nos anos 90, contou com a redução da proteção industrial nacional, o advento do plano real com paridade cambial e a orientação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para financiamentos. Tem como traço marcante o papel da inovação e a busca do desenvolvimento por meio da inovação, passando a irradiar efeitos para outros campos políticos, como a política industrial (SALERNO, 2006, p. 6-7).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu artigo 3º, III, o desenvolvimento nacional como um dos objetivos do Estado e no artigo 1º, I, a soberania como seu fundamento. Ao lado disso, inaugurou nos seus artigos 218 e 219 a preocupação com a ciência e a tecnologia, no intuito de concretizar a finalidade constitucional. Desde então se notava que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia estava intrinsecamente vinculado ao desenvolvimento do mercado e ao desenvolvimento nacional (TEDESCHI, 2011, p. 12).

Diante deste cenário, nos anos de 2001 e 2002, o então Ministério da Ciência e Tecnologia elaborou os Livros Verde (MCT, 2001) e Branco (MCT, 2002), buscando um Projeto de Diretrizes Estratégicas para Ciência, Tecnologia e Inovação no país para os próximos 10 (dez) anos. Em 2003 foi lançada a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) pelo governo federal, trazendo a inovação para o centro das discussões e iniciando a nova fase nacional direcionada à política de inovação no Brasil (SALERNO, 2006, p. 18).

Como resultado desta orientação, sobreveio a Lei da Inovação, Lei nº 10.973/2004, regulando os artigos 218 e 219 da CF. O instrumento estabeleceu medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, buscando a capacitação e o alcance da autonomia tecnológica, além do desenvolvimento industrial do País. Ademais, definiu a inovação no seu art. 2º, inciso IV, como a introdução de algo novo ou aperfeiçoado no ambiente produtivo e social, além do acréscimo de novas funções ou características a produtos, processos e serviços já existentes. A Lei nº 10.973/2004 sugere parcerias entre os setores público e privado, buscando uma maior facilidade em alcançar objetivos

que antes seriam mais complexos caso estas esferas estivessem absolutamente separadas (REZENDE et al., 2005, p.2). O modelo de articulação entre o setor público e o setor privado se harmoniza à teoria da tripla hélice desenvolvida por Henry Etzkovitz (2009, p.1) na década de 90, a qual defende que uma maior taxa de desenvolvimento tecnológico só é possível a partir da parceria entre governo, empresas e centros de pesquisas, como as universidades.

Paralelamente, para a execução das políticas de desenvolvimento industrial, em consonância com as políticas de inovação, criou-se a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) por meio da Lei nº 11.080/2004. Na sequência, foi promulgada a Lei nº 11.196/2005, denominada de Lei do Bem, dispondo sobre incentivos fiscais para a inovação. Ademais, incrementou-se a atuação dos órgãos de fomento da inovação, tais como o BNDES, a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), a CAPES e o CNPq, seja na formação de profissionais, na melhoria da infraestrutura de pesquisa ou no financiamento da inovação. Além disso, criou-se programas de estímulo à inovação, como o Programa de Sustentação do Investimento – PSI-Inovação, o Programa Inova Empresa e os Fundos Setoriais de Ciência e Tecnologia. Outrossim, regulou-se atividades de inventivo à inovação, seja por meio das mencionadas Lei da Inovação e do Bem, como por intermédio da Lei do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT e da Lei da Biossegurança (IPEA, 2017, p. 9).

Da mesma forma, foi promulgada a Lei nº 12.349/10, entabulando modificações na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 8.958/94, na Lei nº 11.273/06, e na Lei da Inovação, voltada, sobretudo, à utilização do poder de compra do Estado para fomentar a inovação e a produção doméstica de bens e serviços, bem como à consagração do princípio do desenvolvimento nacional sustentável (SAMPAIO, 2011). De forma simbólica, no ano de 2011, o nome do Ministério da Ciência e Tecnologia foi alterado para Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, por meio da Medida Provisória nº 541/2011. Na mesma lógica, paulatinamente se deixa de utilizar o termo Ciência e Tecnologia (C&T), passando a se utilizar o termo Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) nas esferas público e privada.

Apresentado brevemente o contexto das políticas de inovação no país até a EC nº 85/2015, passa-se a analisar os resultados estatísticos destas medidas.

1.2 DOS RESULTADOS DAS POLÍTICAS DE INOVAÇÃO

Com a consolidação de algumas estruturas e de esforços para se estimular a inovação no país, observou-se um incremento do potencial inovador nacional. De fato, investigando de maneira estatística o tema publicações científicas, importante indicador do potencial inovador dos

países, constatou-se que, atualmente, o Brasil é o 13º maior produtor de publicações de pesquisa (CROSS et al, p. 6, 2018), indicando a presença marcante do país no cenário internacional.

No tocante ao investimento, segundo o MCTIC, o total do dispêndio nacional em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) no ano de 2015 foi de R\$ 87,1 bilhões, somando investimentos públicos e privados (MCTIC, p. 26, 2018), o que representa uma expressiva aplicação de recursos. Analisando a proporção sobre o Produto Interno Bruto (PIB), os dispêndios em P&D totalizam 1,34% do PIB nacional em 2015, sendo 0,64% investidos pelas empresas privadas e 0,7% pelo poder público (MCTIC, p. 27, 2018), ocupando na análise global de gastos com P&D a 32ª posição mundial (GII, p. 17, 2017).

Com relação aos recursos humanos, o documento produzido pelo MCTIC em 2018 afirma que 316.495 mil pessoas trabalharam com P&D no Brasil em 2014 (MCTIC, p. 63, 2018). Consoante o Diretório de Pesquisa do CNPq (CNPq, 2018), no último censo de 2016, o número de doutores cadastrados na plataforma era de 130.140. Pesquisadores somavam 199.566 no mesmo ano de 2016 e estudantes totalizavam 331.459 (CNPq, 2018). Verificando a tabela de dados produzida pela Fundação de Pesquisa de São Paulo (FAPESP, 2017), observa-se que, em termos absolutos de pesquisadores, o Brasil se encontra em 11º lugar no cenário mundial.

Direcionando a análise para o cenário econômico, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, o Brasil, em 2017, deteve a 8ª maior economia do mundo, com um PIB de US\$ 3,216 trilhões (FMI, 2018). Ademais, o país apresentou a 5ª maior população do mundo, totalizando mais de 207 milhões de habitantes em 2017, além de possuir a 5ª maior extensão geográfica (CIA, 2017).

Respectivas informações demonstram a relevância do Brasil em diversos indicadores internacionais, comprovando a publicação significativa, o considerável montante de recursos investidos em pesquisa, o importante número de pesquisadores, a expressiva economia e a grandeza da população e do território do Estado. Por conseguinte, demonstram um significativo potencial inovador do país, em harmonia com as políticas de inovação implantadas.

Ocorre que, embora se tenha observado o incremento do potencial inovador nacional, verificou-se que este não foi acompanhado pelo desenvolvimento de tecnologias inovadoras. De fato, consoante o Índice Global de Inovação de 2017 (GII, p.17, 2017), o Brasil ocupa a 69ª posição

entre 127 países em termos de Inovação, encontrando-se na metade inferior da base de dados. Ademais, o documento aponta que o Brasil ocupa a 85ª posição, entre 127 países, no indicador “Produtor de conhecimento e tecnologia”, que engloba a análise da criação de tecnologias, do impacto e da difusão do conhecimento (GII, p. 79, 2017). Assim, reunindo-se dados já apresentados, observa-se uma desarmonia entre a potencialidade e a efetiva inovação, constatando-se o posicionamento decrescente do Brasil no cenário internacional em 8 (oito) índices: 5º em população, 5º em território, 8º em economia, 11º em número de pesquisadores, 13º em publicações científicas, 32º em investimento em pesquisa, 69º em inovação e 85º em produção de conhecimento e tecnologia (CROSS et al, 2018; MCTIC, 2018; FAPESP, 2017; FMI, 2018; CIA, 2017; GII, 2017).

Outro indicador importante consiste no número de depósitos de patentes brasileiras. Inicialmente, analisando-se o relatório produzido pela OMPI, relativo ao Tratado de Cooperação em Matérias de Patentes (PCT), verifica-se que o maior depositante de patentes no ano de 2017 foi os Estados Unidos, com 56.624 pedidos, seguido por China, com 48.882 pedidos e Japão, com 48.208 pedidos. Por outro lado, o Brasil depositou apenas 593 pedidos, o que representa aproximadamente 1% dos depósitos efetuados pelo país líder (OMPI, 2018, p. 1). Ainda que considerados apenas os depósitos efetuados exclusivamente no Brasil, constata-se que foram registrados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) 31.020 pedidos de patentes no ano de 2017. Deste total, apenas 8.082 foram depositados por residentes no país, enquanto 22.938, ou seja, 74% foram depositados por estrangeiros (MCTIC, 2018, p. 113), comprovando o contraste.

Diante deste contexto e da importância da detenção de tecnologia para o desenvolvimento nacional e garantia da soberania, verifica-se a necessidade de intervenção do Estado para mudança do panorama, mantendo-se a inovação como política de desenvolvimento do país em harmonia com a prática de países desenvolvidos (BARBOSA, 2015, p. 6), o que foi realizado por meio do instrumento que se passa a analisar.

2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Como observado, as políticas de estímulo à inovação foram colocadas como centro do desenvolvimento nacional, destacando-se no âmbito legislativo a Lei da Inovação. Entretanto, o esforço do legislador ordinário não alcançou os resultados desejados. O número de publicações não parou de crescer, mas o número de inovações permaneceu tímido no cenário internacional. Ademais, o tema suscitou dúvidas e receios entre os

pesquisadores e as instituições, influenciando a resistência e a desconfiança na aplicação dos dispositivos legais.

Em face deste panorama, no ano de 2011 foi proposto na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 2.177/2011, prevendo a criação do Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Contudo, após debates e estudos sobre a proposta, destacando a importância do assunto e evitando a eventual discussão acerca da constitucionalidade dos dispositivos do Código, foi apresentada em 07/08/2013 a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 290/2013.

Com alterações de texto, uma emenda e um destaque supressivo, na Câmara Federal, em primeiro turno, o texto obteve 399 votos sim e um não, e no segundo, 354 votos sim e uma abstenção (BRASIL, 2019). No Senado Federal, a emenda foi protocolada sob o nº 12/2014, recebendo duas emendas de redação. Em primeiro turno, obteve 49 votos sim e nenhum não, e em segundo, 50 votos sim e nenhum não (BRASIL, 2018). Desde logo os números denotam a ampla legitimidade do documento. E assim, o Poder Constituinte Reformador incluiu, por meio da EC nº 85/2015, a inovação entre os temas da ordem constitucional social.

Em síntese, no entender de Lenza (2018, p. 1626) “a EC nº 85, de 26.02.2015, reforça a necessidade de valorização da ciência, da tecnologia e da inovação, com destaque para essa última”. Já para Barbosa (2015, p. 29), a emenda “apenas alterou a relação dos interesses correlativos de ciência e tecnologia, fazendo empanar os limites da ciência (que em 1988 devia ficar no domínio público para a fruição de todos) e o da tecnologia”.

Note-se que, ao contrário do movimento contemporâneo acerca da constitucionalização do direito, locução que contempla, entre outros sentidos, a irradiação dos valores constitucionais para todo o ordenamento jurídico brasileiro com uma releitura das diversas áreas jurídicas (BARROSO, 2005, p. 15), no presente caso a constitucionalização foi expressa. Ou seja, a Inovação foi acolhida entre os temas da ordem social e refletiu uma preocupação mundial sem descuidar da realidade nacional (FERNANDES, 2018, p. 1652), incorporando ao texto tema até então afetado ao direito infraconstitucional.

Em linhas gerais, extrai-se da justificativa para apresentação da PEC (BRASIL, 2013a, p. 32965) e do parecer da comissão especial de atividade de CT&I da Câmara (BRASIL, 2013b, p. 57864-57865), as seguintes finalidades do instrumento: a) ampliar a norma constitucional para alcançar, além da ciência e tecnologia, a inovação, e fundamentar a articulação entre

o setor produtivo e a academia; b) afastar a prioridade exclusiva da pesquisa científica básica; c) harmonizar as normas e ações dos entes federativos, por meio da competência concorrente; d) desburocratizar processos e dotar a atividade de maior eficácia; e) compartilhar infraestrutura e conhecimento para a atividade de pesquisa; g) criar um sistema nacional de CT&I; h) atribuir ao Estado: o dever de promoção e estímulo da articulação entre agentes públicos e privados para a inovação; o estímulo e o fortalecimento das empresas inovadoras e de outros instrumentos inovadores; o incentivo à criação e à transferência de tecnologia.

Dada a sua relevância, no presente trabalho se realiza uma análise das modificações sobre a matéria, dividindo-se a alteração do texto constitucional trazida pela emenda em cinco núcleos de abordagem, finalizando com uma breve análise de outros impactos do instrumento, conforme se passa a abordar.

2.1 DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA

Inicialmente, no âmbito das competências, a Emenda modificou o art. 23, V, e o art. 24, IX, da CF. Assim atribuiu competência comum aos entes federativos para proporcionar os meios de acesso à tecnologia, à pesquisa e à inovação, onde antes só se tratava do acesso à cultura, educação e ciência.

No tocante à competência legislativa, foram inseridos, de maneira expressa, os temas ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação entre a legislação concorrente da União, Estados e Distrito Federal, fortalecendo o federalismo cooperativo.

2.2 DA FLEXIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

No ponto, a Emenda atribuiu flexibilidade orçamentária, visando tornar mais ágil a realocação de recursos destinados à pesquisa, ao acrescentar o §5º ao artigo 167 do texto constitucional. Este dispositivo ressaltou a ausência da necessidade de autorização legislativa, contida no inciso IV do mesmo dispositivo, para transposição, remanejamento ou transferência de uma categoria de programação para outra quando se tratar de atividades de CT&I.

Assim, no tocante a estes temas, passa a ser necessário apenas um ato do Poder Executivo para o remanejamento dos recursos, excepcionando o princípio orçamentário da vedação do estorno de verbas públicas. Segundo

a comissão especial da Câmara, a alteração teria o objetivo de “conceder maior eficiência na aplicação das verbas” destinadas à CT&I, retirando do Poder Legislativo o poder de aquiescência (BRASIL, 2013b, p. 57867).

2.3 DA INOVAÇÃO NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Um terceiro núcleo consiste na previsão, entre as competências do SUS, de se incrementar a inovação, prevista no art. 200, V, da CF. No ponto, anota-se a necessidade do desenvolvimento de produtos e processos inovadores na área da saúde pública, de forma a amenizar a dependência tecnológica estrangeira, como no caso de medicamentos e vacinas (IPEA, 2017, p. 41), muitas vezes protegidos por patentes e cujo acesso representa um forte impacto econômico e social.

2.4 DO INVESTIMENTO PÚBLICO À POLÍTICA DE INOVAÇÃO

O quarto núcleo estabelece o apoio financeiro do poder público à política de inovação. Na espécie, o §2º, do art. 213 foi modificado, permitindo ao poder público estimular atividades de pesquisa, extensão e inovação em instituições de educação profissional e tecnológica (MARRAFON, 2016). A alteração foi sugerida pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), como forma de assegurar a participação de todas as “entidades educacionais no processo de pesquisa, extensão e inovação no País” (BRASIL, 2013b, p. 57867), não se limitando ao ambiente universitário, o que afasta eventuais questionamentos sobre o assunto.

2.5 DO CAPÍTULO IV DA ORDEM SOCIAL CONSTITUCIONAL

O grande núcleo modificativo da Emenda consiste no capítulo IV da Ordem Social Constitucional. De fato, o termo “inovação” foi acrescido aos temas que constituem o título VIII da Constituição. Respectiva previsão, no âmbito ideológico, representa o fortalecimento do Estado Social, já que trata de um tema marcadamente econômico dentro da ordem social constitucional, o que deverá nortear os intérpretes que se debruçarem sobre o tema. No âmbito político, destaca a importância da participação do Estado no estímulo à tecnologia, o que poderia, eventualmente, ser questionado segundo o texto anterior.

No *caput* do art. 218 se modifica o texto não apenas para inserir a inovação como dever do Estado na sua promoção, como ainda para incluir a capacitação científica, ausente no texto anterior. Destaca-se que a redação original da proposta incluía no *caput* a “articulação entre entes públicos

e privados nessas atividades, nas diversas esferas de governo” (BRASIL, 2013a, p. 32964). Após substitutivo oferecido na Câmara, o texto foi redigido no parágrafo sexto. A justificativa apresentada foi de que dar-se-ia maior autonomia ao Estado no incentivo das articulações, e se destacaria que as demais condições do art. 218 não seriam essenciais para a realização deste estímulo. Além disso, trocou-se a expressão “entre entes públicos e privados”, por “entre entes, tanto públicos quanto privados”, afastando uma interpretação restritiva ao ressaltar que a articulação não é exclusiva entre um ente público e outro privado (BRASIL, 2013b, p. 57868).

No §1º, do art. 218, estabeleceu-se a mudança no tratamento da pesquisa dentro do texto constitucional, o qual deixa de prever o cuidado prioritário da pesquisa básica e passa a estabelecer a igualdade com a pesquisa tecnológica. De fato, discutia-se acerca da diferença entre àquela, voltada à compreensão da natureza e de suas leis, e a pesquisa aplicada, sinônimo de tecnológica, direcionada a um melhoramento prático econômico ou produtivo, reconhecendo-se o caráter complementar entre ambas atividades (MARQUES, 2018, p. 3671).

Da mesma forma, afastou-se o debate acerca da possibilidade de apropriação dos resultados da pesquisa, que dividia o domínio público da ciência básica, a qual tinha a prioridade do tratamento, e a apropriação da tecnologia, que seria objeto da ciência aplicada (BARBOSA, 2015, p. 22). Destacando o caráter de complementariedade entre as atividades, constata-se trecho da justificativa da Proposta da Emenda Constitucional (BRASIL, 2013a, p. 32965):

Como efeito da demanda por inovação, perde sentido a separação antes vislumbrada entre ciência básica e pesquisa tecnológica, pois diversas linhas de pesquisa “pura” têm potencial para desdobrar-se em novas soluções para o setor produtivo. Tal constatação motiva a mudança de redação do § 1º do art. 218, retirando do texto atual a expressão “básica” e inserindo a expressão “tecnologia”.

Embora se observe, por uma interpretação sistemática, lógica, histórica e atual da constituição que este entendimento deva prevalecer, verifica-se da justificativa da segunda emenda ao texto pelo Senado Federal, realizada em plenário, a possibilidade de alguma discussão. Isso pois, o Senado, em plenário, alterou o §1º da emenda aprovada na Câmara para a inclusão do termo “básica” à pesquisa científica, após sugestão da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. A leitura permite a interpretação de que tal fato se deu para colocar em igualdade as duas atividades de

forma positivista, o que denotaria a ausência de mudança de sentido e a mera alteração de texto. Ocorre que, na justificativa da emenda, afirmou-se que “a modalidade de pesquisa que deverá receber tratamento prioritário é a pesquisa básica, essencial para a criação das condições básicas para o desenvolvimento tecnológico nacional” (BRASIL, 2018).

Como destacado, a justificativa cede em face da doutrina selecionada e das razões da Câmara dos Deputados, as quais visavam a eliminação da hierarquia e da interpretação positivista entre ambas, bem como o prestígio à relação de complementariedade entre às atividades. Ademais, as razões não se conformam com o texto final aprovado, o qual não estabeleceu hierarquia entre as pesquisas. Além disso, as razões apresentadas pelo Senado representam vício de constitucionalidade formal, já que caso modificado o sentido do texto deveria, obrigatoriamente, ter sido submetido à Câmara para apreciação, e não o foi.

Menciona-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 3510/DF, a qual envolvia a discussão acerca da constitucionalidade da pesquisa com células tronco, em uma visão pós-positivista, não distinguiu a pesquisa, mencionado pesquisa básica atividade que se enquadraria na visão positivista como tecnológica, bem como destacando a relação de complementariedade entre ambas, sem qualquer vestígio de hierarquia, registrando que “a certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares” (STF, ADI 3510/DF, Pleno, Rel. Ministro Ayres Brito, 29/05/2008). Assim, sugere-se uma interpretação neoconstitucional, afastando a hierarquia e o foco na conceituação e protagonizando a complementariedade das atividades para o desenvolvimento nacional.

Por outro lado, o §1º, do art. 218, além de incluir a pesquisa tecnológica, inseriu o progresso da tecnologia e da inovação entre os objetivos do Estado, em atendimento à sugestão do MEC, o que amplia as prioridades estatais. Com efeito, verifica-se a partir do caput do artigo 218 que o Estado brasileiro tem de promover a capacitação também em inovação, bem como dar ao tema inovação e tecnologia tratamento prioritário para seu progresso, conforme seu §1º, onde antes havia previsão de prestígio apenas para a pesquisa científica básica.

Consoante o novo §3º, do art. 218, a inovação será objeto de apoio do Estado em relação aos recursos humanos, este o principal insumo para a produção de CT&I, tanto nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia, inovação, como nas atividades de extensão. Destaca-se a inclusão desta

atividade de extensão, já prevista entre as atribuições das universidades no art. 207 da CF, o que estende suas atividades inovadoras à participação da sociedade (ABRÃO, 2018, p. 1119).

O §6º, do art. 218, estabeleceu o estímulo já abordado da articulação entre os entes públicos e privados, talvez principal intuito da Emenda, em prestígio ao arranjo da hélice tríplice (MINGHELLI, 2018, p. 150). Já o §7º prevê o incentivo à atuação internacional de instituições públicas, relacionadas às atividades de CT&I, em claro fomento à participação estatal no ambiente globalizado.

Ainda na análise do artigo 218, destaca-se que durante as discussões da emenda, uma das propostas acrescentou um §9º, depois renumerado para 8º, estabelecendo que para a execução das atividades ali previstas seriam adotados mecanismos especiais ou simplificados, como na contratação de bens e serviços, o que foi retirado da proposta final. Entendeu-se que mecanismos especiais deveriam ser tratados pela legislação infraconstitucional, não havendo óbice constitucional para sua regulação (BRASIL, 2013b, p. 57868), o que foi concretizado, posteriormente, pela Lei nº 12.243/16.

No artigo 219, manteve-se a redação do caput, que estabelece uma concepção social de mercado (LENZA, 2018, p. 1629), e foi incluído um parágrafo único contendo diversas finalidades. De fato, este inicia determinando ao Estado o estímulo à criação e promoção da inovação em empresas e outros entes, bem como a formação e a manutenção de parques e polos tecnológicos, além de outros ambientes nos quais as ideias inovadoras possam ser desenvolvidas.

Claramente busca-se a interação entre empresas e instituições de pesquisa para o desenvolvimento de tecnologias, por meio do compartilhamento de infraestrutura, conhecimento e recursos humanos. No âmbito universitário, um dos principais potenciais inovadores do país, estes ambientes permitem a convivência entre empresários, pesquisadores e estudantes, bem como estimulam o empreendedorismo e geram programas de estágio. Ademais, permitem às empresas um acesso a laboratórios e profissionais de alta qualificação, cujos custos não seriam economicamente viáveis se arcados de forma exclusiva.

Observando-se a justificativa do texto na Câmara se nota que a redação buscou incentivar qualquer empresa, e não apenas aquelas voltadas exclusivamente à inovação (BRASIL, 2013b, p. 57868). No mesmo sentido,

a exposição anota que foram incluídos outros ambientes promotores da inovação, como os parques tecnológicos, além de se deixar ampla a conceituação do termo, visando assegurar a atualidade da Constituição diante de novos arranjos e entes inovadores. O texto destacou ainda o caráter estratégico dos inventores independentes, o qual passou a ser objeto de estímulo estatal, como forma de impulsionar a inovação, já que responsáveis por mais da metade das patentes concedidas no país (BRASIL, 2013b, p. 57868).

Ademais, registra-se o dever do Estado no estímulo à criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia, denotando a relação da inovação com a propriedade industrial fruto daquela atividade, em clara preocupação com obtenção de tecnologias para o desenvolvimento nacional e garantia da soberania. Frisa-se, uma vez mais, o viés social na Constituição, a qual trata tema notadamente patrimonial na ordem social (MARQUES, 2018, p. 3690), o que deve orientar a interpretação dos dispositivos.

Na sequência, incluiu-se o novo artigo 219-A, estabelecendo a possibilidade de cooperação entre órgãos dos poderes público e privado, inclusive mediante compartilhamento de pessoal especializado, para as atividades de pesquisa, o que incentiva e consolida o modelo de interação e cooperação entre os setores para a obtenção de novas tecnologias. Anota-se que este dispositivo foi bastante discutido, já que um dos obstáculos da interação entre poderes público e privado consiste na dificuldade da cessão de recursos humanos do setor público, conquanto existente previsão legal. Tendo em vista que acerca de equipamentos e instalações já havia interpretação favorável dos órgãos de controle, concentrou-se o texto na cessão de recursos humanos (BRASIL, 2019). Assim, a redação buscou “aumentar a abrangência da norma, focar nos temas de maior importância e dirimir a possibilidade de interpretações equivocadas” (BRASIL, 2013, p. 57869).

Ademais, frisa-se a previsão da obrigatoriedade da contrapartida do colaborador, ainda que não financeira, de forma a prestigiar o princípio da moralidade, o que foi exigido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para aprovação (BRASIL, 2019). A possibilidade da contrapartida não financeira visa atender a empresas recém-criadas em ambientes típicos de inovações tecnológicas, como as startups e incubadoras, que podem disponibilizar outras formas de colaboração como conhecimentos e mão de obra especializada.

Por fim, a EC nº 85/2015 estabeleceu, através do artigo 219-B, a criação do Sistema Nacional de CT&I, o qual deve ser organizado de forma

cooperativa entre os atores públicos e privados, por meio de Lei federal regulamentadora, reiterando a competência legislativa concorrente dos demais entes da federação.

Nota-se, assim, diretrizes importantes estabelecidas pelo constituinte reformador, os quais impactam nas atividades estratégicas dos centros de pesquisa e da indústria brasileira e contribuem para uma atuação “dinâmica e com uma maior segurança” entre os atores envolvidos (SANTOS et al, 2018, p. 137).

2.6 OUTROS IMPACTOS DA EC Nº 85/2015

Em termos pragmáticos, observa-se o objetivo da emenda da inovação em “dar as bases necessárias para a plena aplicabilidade daquilo que se pretende alterar nas normas legais brasileiras desse setor” (BRASIL, 2013b, p. 57865). No particular, registra-se que o legislador ordinário, à luz do novo texto constitucional, desistiu da proposta original de um código de inovação, optando pela alteração das normas já existentes sobre o assunto. E assim, editou-se a Lei nº 13.243/16, denominada de Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação. O diploma, visando regular a emenda analisada e seguindo as diretrizes da tríplice hélice (ETKOVITZ, p. 1, 2009), alterou a Lei da Inovação e modificou outras oito normas, quais sejam, a Lei nº 6.815/80, a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 12.462/11, a Lei nº 8.745/93, a Lei nº 8.958/94, a Lei nº 8.010/90, a Lei nº 8.032/90 e a Lei nº 12.772/12.

Já no âmbito executivo, verifica-se que a Lei nº 13.243/16 foi recentemente regulada pelo Decreto nº 9.283/18, o qual regula também a Lei da Inovação, o art. 24, § 3º, e o art. 32, § 7º, da Lei nº 8.666/93, o art. 1º da Lei nº 8.010/90 e o art. 2º, caput, inciso I, alínea “g”, da Lei nº 8.032/90, bem como altera o Decreto nº 6.759/09, de forma a estabelecer diretrizes de incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional e regional. Além disso, observa-se que o MCTIC, em 2016, editou a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI), 2016-2022, definindo diretrizes para a CT&I no país pelos próximos anos, bem como indicando a composição e o funcionamento do Sistema Nacional de CT&I, em atenção ao novo artigo 219-B da CF (MCTIC, 2016, p. 9-10).

Na perspectiva estatística, a novidade do tema e a ausência de dados oficiais dificultam a sua verificação. De fato, os indicadores do MCTIC de 2018 registram boa parte dos números anteriores a 2015 (MCTIC, 2018). No mesmo sentido, a última análise das políticas de inovação no

país realizada pelo IPEA (2017), bem como a última Pesquisa de Inovação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2016), realizada em 2014. Soma-se a preocupação da emenda em determinar e sustentar a atividade do legislador, cujos resultados deverão ser analisados, de forma específica, a partir da sua atuação.

Ainda assim, considerando-se que a Emenda é de 2015, com relação ao investimento, nota-se que o percentual sobre o PIB aplicado em P&D no país foi idêntico no ano de 2014 e 2016, totalizando 1,27% (MCTIC, 2018, p. 27). Quanto aos pesquisadores, o número de profissionais em 2014 de 180.262 saltou para 199.566 em 2016, enquanto os grupos de pesquisa também cresceram, já que em 2014 somavam 35.424 e em 2016 passaram para 37.460 (MCTIC, 2018, p. 83). Ademais, observa-se que em 2014 foram titulados 17.286 doutores e em 2016, 20.603 (MCTIC, 2018, p. 74). Com relação ao índice de inovação, verifica-se que o país ocupava em 2015 a 70ª colocação (GII, 2015, p. 30) e em 2017 passou para a 69ª posição (GII, p.17, 2017). Por fim, com relação às patentes, nota-se que em 2015 foram depositados no INPI 7.344 pedidos de patentes por residentes no país, enquanto que em 2016 somou-se 8.082 (MCTIC, 2018, p. 113). Dessa forma, os números indicam uma tendência de crescimento do potencial e da efetiva inovação no país.

Embora Barbosa (2015, p. 11) afirme que “a maior parte das alterações não terá grande efeito prático”, verifica-se a importância do instrumento em além de firmar o compromisso do Estado com a política de inovação e institucionalizar o sistema de inovação (MCTIC, 2016, p. 46-47), constitucionalizar o tema e a possibilidade de articulação entre agentes públicos e privados, evitando questionamentos constitucionais às disposições legais. E relembra-se que ao se opor ao pensamento de Ferdinand Lassale (2000, p. 17), para quem a Constituição de um país representa, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, Konrad Hesse indica a necessidade de uma vontade normativa, e não apenas uma vontade de poder, de forma que a Constituição modifique a realidade então existente (Hesse, 1991, p.10). Assim, diante da carga valorativa estabelecida pelo constituinte reformador e do descompasso identificado entre o potencial inovador e a efetiva inovação tecnológica, cumpre dar força normativa à constituição e buscar a realização do programa estabelecido.

3 CONCLUSÃO

A partir do século XXI, o Brasil se dedicou a políticas públicas específicas voltadas para a inovação, trazendo o tema para o centro do debate desenvolvimentista nacional. Contudo, embora se tenha

consolidado estruturas e envidados esforços para se estruturar a inovação no país, observou-se um incremento do potencial inovador que não foi acompanhado pelo desenvolvimento de tecnologias inovadoras no país.

De fato, a análise dos dados coletados demonstra a importância do Brasil em diversos indicadores internacionais, comprovando a publicação significativa, o considerável, embora ainda não desejável, montante de recursos investidos em pesquisa, o importante número de pesquisadores, a expressiva economia e a grandeza da população e do território do Estado. Contudo observa-se o declínio progressivo do país nos índices internacionais, com foco no desenvolvimento de tecnologias inovadoras, denotando um descompasso existente entre o potencial e a efetiva inovação no país. Diante deste cenário, verificou-se a necessidade de intervenção do Estado para mudança do panorama, mantendo-se a inovação como política central de desenvolvimento do país. E frente à ausência do resultado esperado com a Lei da Inovação, a constitucionalização do assunto por meio da Emenda Constitucional nº 85/2015 registra o destacado interesse estatal no tema.

As principais modificações analisadas demonstram que a competência administrativa dos entes da federação no tocante à inovação passou a ser comum, bem como a competência legislativa concorrente. A emenda criou exceção ao princípio orçamentário da vedação do estorno das verbas públicas, buscando dar prioridade ao tema. Estabeleceu-se o incremento da inovação no âmbito da atuação do SUS, como forma de se atender às necessidades da saúde pública. Ademais, registrou-se o apoio financeiro do poder público à política de inovação para além das universidades, permitindo que o Estado incentive a pesquisa em outras instituições de educação profissional e tecnológica.

O núcleo modificativo representado pelo capítulo IV da ordem social da constituição fortalece o papel do Estado na promoção da inovação. Além disso, realça a figura do Estado Social, incluindo tema econômico na ordem social brasileira. A alteração destaca ainda o modelo de cooperação entre os setores público e privado para a obtenção de novas tecnologias, bem como sugere o princípio da apropriação destes bens, exigindo do Estado o estímulo à absorção de tecnologia. Ademais, afasta-se a hierarquia entre a pesquisa científica e tecnológica, prestigiando-se a complementariedade e instrumentalidade destas atividades. Por fim, analisando outros impactos da emenda, verifica-se a edição da Lei 13.243/2016 e do Decreto nº 9.283/2018, a definição

pelo MCTIC das diretrizes de inovação para os anos de 2016-2022, bem como a tendência de crescimento da inovação no país.

Todas as modificações analisadas contribuem para amenizar o descompasso identificado entre o estímulo à inovação e a tradução deste em tecnologia inovadora, valorizando-se o conhecimento como um dos principais elementos para a produção de riqueza e bem-estar social. Ademais, permitem uma maior segurança jurídica aos agentes envolvidos, os quais devem dar força normativa à Constituição, com vistas à concretização dos objetivos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira. Da ciência, Tecnologia e Inovação. In: Org. MACHADO, Costa. *Constituição Federal Interpretada*. 9. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 1114-1123.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias após a Emenda Constitucional nº 85 (2015)*. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/inovacao/direito_ao_desenvolvimento_2015.pdf>. Acesso em: 21 set. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42. 2005.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. 2019. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586251>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Proposta de Emenda à Constituição nº 290, de 2013. Ano LXVIII, nº 133, 08/09/2013, p. 32963-32967. Brasília-DF. 2013a.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Proposta de Emenda à Constituição nº 290-A, de 2013. Ano LXVIII, nº 216, 05/12/2013, p. 57864-57873. Brasília-DF. 2013b.

BRASIL. *Senado Federal*. 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117126>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

CIA. Central Intelligence Agency. *The World Factbook*. 2017. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119rank.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

CNPq. Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. *Séries Históricas*. 2018. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/web/dgp/sobre>>. Acesso em: 10 maio 2018.

CROSS, Di; THOMSON, Simon; SIBCLAIR, Alexandra. *Research in Brazil: A report for CAPES by Clarivate Analytics*. Clarivate Analytics. 2018. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/17012018-CAPES-InCitesReport-Final.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018. p. 73.

ETZKOWITS, Henry. *Hélice Tríplice*. Universidade-Indústria-Governo. Inovação em Movimento. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2009. p. 207.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 1719.

FMI. Fundo Monetário Internacional. *World Economic Outlook*. Abril 2018. Disponível em: <<http://imf.org/external/datamapper/datasets/WEO>>. Acesso em: 15 maio 2018.

GII. Índice Global de Inovação de 2017. *A inovação nutrimo o mundo*. 2017. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

GII. Índice Global de Inovação de 2015. *Políticas efetivas de inovação para o desenvolvimento*. 2015. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org/userfiles/file/reportpdf/GII-2015-v5.pdf>>. Acesso em 24/05/2019.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 34.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Inovação 2014*. Rio de Janeiro, 2016. p. 105.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. TURCHI, Lenita Maria; MORAIS, José Mauro de (Coord.). *Políticas de apoio à inovação tecnológica no Brasil: avanços recentes, limitações e propostas de ações*. Brasília: IPEA, 2017. p. 485.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 40.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1947.

MARQUES, Claudia Lima. Da Ciência, Tecnologia e Inovação. In: *Comentários à Constituição do Brasil – Série IDP*. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). 2. ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 3640-3744.

MARRAFON, Marco. Emenda da Inovação é diretriz para novo paradigma de governança pública. *Revista Consultor Jurídico*, 18/01/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-18/constituicao-poder-emenda-inovacao-diretriz-paradigma-governanca>>. Acesso em: 19 out. 2018.

MCT. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília, 2002. p. 78.

MCT. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Ciência, tecnologia e inovação: desafio para a sociedade brasileira*. Livro verde. Brasília, 2001. p. 268.

MCTIC. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações. *Indicadores Nacionais de Ciência, Tecnologia e Inovação 2018*. Brasília, 2018. p. 164

MCTIC. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações. *Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2022*. Brasília, 2016. p. 132.

MINGUELLI, Marcelo. A nova estrutura normativa de ciência, tecnologia e inovação no Brasil. *Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação*, v. 23, n. esp., p. 143-151. Florianópolis, 2018.

OMPI. Organização Mundial de Propriedade Intelectual. *Annexes to WIPO press release PR/2018/816*. 2018. p. 8.

REZENDE, Edson Paiva et al. A Lei nº 10.973/04 e as instituições federais de ensino superior: algumas considerações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 4, n. 44, ago. 2005. p. 8.

SALERNO, Mario Sergio. A política industrial, tecnológica e de comércio exterior do governo federal. *Revista Parcerias Estratégicas*, v. 9, n. 19, p. 13-35, 2004.

SANTOS, Gilberto Batista; SILVA, Edmario Nascimento da. A constitucionalização da ciência, tecnologia e inovação como instrumento de efetivação do direito a inovação. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, Vv. 4, n. 1, p. 120-139, Salvador, jan/jun. 2018.

TEDESCHI, Patricia Pereira. *Inovação Tecnológica e Direito Administrativo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. p. 107.

RECEBIDO EM: 23/03/2020

APROVADO EM: 27/04/2020

NOVAS TECNOLOGIAS E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS

NEW TECHNOLOGIES AND THE PRECARIOUSNESS OF WORK'S RELATIONSHIPS

Vanessa Rocha Ferreira

*Doutora em Direitos Humanos Pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Título Revalidado pela Universidade de Brasília (Unb) – com equivalência no
Doutora em Direitos Humanos e Cidadania. Mestre em Direitos Fundamentais
pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA) Pós-Graduada em Direito
Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam/RJ). Especialista em Direito
Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em
Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Professora
da Graduação e Pós-graduação stricto sensu do Curso de Direito do Centro
Universitário do Estado do Pará (CESUPA).*

Allan Gomes Moreira

*Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro
Universitário do Pará - CESUPA, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação
Getúlio Vargas - FGV/RIO. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Belém -
FABEL. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Possível Precarização das Relações Laborais Decorrente do Uso das Novas Tecnologias; 2 O Papel do Direito do Trabalho na Atualidade; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O trabalho objetiva discutir a mudança paradigmática ocasionada nas relações laborais pelo uso das novas tecnologias. Sob o enfoque da precarização das relações de trabalho, o presente texto se propõe a analisar, por meio de um estudo teórico-normativo, os reflexos da globalização e da sua dinâmica expansionista no mercado de trabalho. Para tanto, utilizou-se o método jurídico-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e normativa, para analisar se o uso da tecnologia contribuiu para a precarização das condições de trabalho. Ao final, defende-se a necessidade de adaptação da legislação às novas relações de trabalho, constituídas através das plataformas virtuais, como condição indispensável para o respeito à dignidade do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologia. Precarização. Relações Laborais. Plataformas Digitais. Globalização.

ABSTRACT: The work aims to discuss the paradigmatic shift caused in labor relations by the use of new technologies. In the context of precarious labor relationships, this text proposes to analyze, through a theoretical-normative study, the reflexes of globalization and its expansionist dynamics in the labor market. For this, the legal-deductive method, based on bibliographic and normative research, was used to analyze whether the use of technology contributes to the precariousness of working conditions. In the end, it defends the necessary adaptation of the legislation to the new labor relationships, constituted through virtual platforms, as an indispensable condition for respecting the dignity of the worker.

KEYWORDS: Technology. Precariousness. Work's relationships. Digital Platforms. Globalization.

INTRODUÇÃO

O uso da tecnologia e o avanço da utilização da internet proporcionaram uma mudança de paradigma em vários campos da vida em sociedade. O advento de dispositivos móveis permitiu a difusão imediata de ideias e opiniões, assim como uma aproximação inédita com os governantes, ponto positivo para a própria democracia.

Os avanços tecnológicos, ínsitos à própria marcha humana e à sua natureza inventiva, passaram a atribuir um novo sentido à forma pela qual as pessoas se relacionam entre si e com o mundo, impulsionando o movimento do capitalismo.

Observa-se que, em decorrência dessa mudança de paradigma, vários aspectos da vida humana passaram a ser regulados ou vivenciados em uma realidade virtual, alheia aos valores e aos modelos estabelecidos no mundo físico, inclusive no mundo do trabalho.

Há pouco tempo, seria impensável falar de capitalismo sem fazer qualquer referência ao mercado do trabalho, sem se considerar a importante questão da exploração dos trabalhadores pelo capital. Atualmente, porém, verifica-se um movimento contraditório a partir do qual as tecnologias da informação e comunicação - apesar de introduzirem novos mecanismos que reduziram a privacidade dos trabalhadores e alargaram o conceito de tempo à disposição do empregador - ao invés de asseverar os elementos da tradicional relação de emprego, previstos na legislação trabalhista, como a subordinação clássica, por exemplo, está fazendo exatamente o contrário, isto é, com que esses elementos caracterizadores desapareçam.

Esse novo modelo de negócio, viabilizado pelas plataformas digitais, no qual se aposta no papel de intermediação entre necessidade e demanda, deixando que as partes interessadas se relacionem, pelo menos em princípio, de forma direta (*peer-to-peer*). A chamada *on-demand economy* tem como marca principal a liberdade das partes envolvidas em contratar, sem a presença, *prima facie*, do exercício de qualquer poder diretivo sobre a prestação de serviços.

Essa situação pode ser verificada no fenômeno conhecido como *uberização do trabalho*. A plataforma Uber, pioneira nesta tendência moderna de trabalho, se utiliza intensivamente da mão de obra dos motoristas, valendo-se de um modelo que tem como ambiente negocial uma plataforma digital que se vende à custa da independência do motorista, que supostamente

exerce o labor sem qualquer tipo de subordinação, em horários flexíveis que livremente controla, escolhendo, em suma, trabalhar quando melhor lhe convém.

Essa organização da atividade laboral, potencializada pelo uso das plataformas digitais, é fruto de uma mudança na estrutura (re)produtiva do capital que pode ser analisada, em relação ao trabalho, em pelo menos duas perspectivas: a relativa precarização das condições de trabalho e a relativa a função do Direito do Trabalho, enquanto ciência jurídica de regulação do sistema econômico e social para enfrentar essa nova realidade.

Esse texto tem por objetivo apresentar algumas reflexões quanto à mudança paradigmática que o mundo do trabalho vem sofrendo em razão das novas tecnologias, especificamente no que se refere às perspectivas mencionadas. Para tanto, busca-se, através do método jurídico-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e documental, analisar a relação existente entre a dinâmica expansionista do capital com o uso das novas tecnologias e a possível precarização das condições de trabalho, culminando, por fim, na necessidade de uma (re)leitura do papel do Direito do Trabalho diante dessa situação.

O presente trabalho encontra-se dividido em quatro itens, sendo este primeiro a introdução, o segundo, volta-se a uma discussão sobre a possível precarização das relações de trabalho com o uso da tecnologia. O terceiro item discute o papel do direito do trabalho na atualidade, e o quarto e último item, apresenta as considerações finais dos autores sobre a necessidade de adaptação da legislação laboral às novas tecnologias para conciliar as proteções jurídicas típicas do Direito do Trabalho com as relações constituídas através das plataformas virtuais.

1 A POSSÍVEL PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS DECORRENTE DO USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

O caráter emancipador da tecnologia possui íntima relação com os mecanismos de manutenção e reprodução do capital, sendo a precarização das condições de trabalho uma das consequências da propalada “autonomia” do trabalhador na economia moderna.

A precarização, como será demonstrado, é uma tendência própria do capital, e esse processo de modernização das relações laborais não tem o condão de mudar a matriz fundamental de exploração do trabalho humano, como se poderia imaginar.

De fato, há um mito de que os avanços tecnológicos provocariam uma crise do trabalho, com a perda de sua centralidade e/ou finalidade, porém o trabalho autônomo continua sendo o meio preferencial do exercício do labor na economia moderna.

Se é certo que os avanços tecnológicos têm como consequência, em alguma medida, a automação, ou seja, a substituição da mão de obra humana pela máquina e que, nessa perspectiva excludente, isso enfraquece o potencial de luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, é igualmente verdadeiro que a crise enfrentada atualmente, também não pode ser uma crise ontológica do trabalho, uma vez que a sociedade contemporânea continua sendo movida pela lógica do capital e, nesse sentido, o trabalho continua sendo indispensável.

O que se observa, de acordo com Maior (2017, p.44-45) é uma crise do próprio capital, a partir da qual se reformula a correlação existente entre o capital e o trabalho, para uma nova forma de apreensão da dinâmica produtiva sob determinado paradigma econômico, com objetivo específico de manter a sua própria lógica de acumulação, em detrimento da diminuição de direitos trabalhistas e de garantias sociais.

Ainda sob o pano de fundo dos impactos da tecnologia na reestruturação produtiva, Vasconcelos, Valentini e Nunes (2017, p. 91-92) explicam que:

É relevante sublinhar que, trata-se, para o capital, de “reorganizar o ciclo reprodutivo preservando seus fundamentos essenciais”, isto é, sem transformação dos pilares essenciais do modo de produção capitalista. E para tanto, a tecnologia não é nada mais que uma nova mutação, um aparato que permite nova forma de acumulação flexibilizada e de novel relacionamento entre o capital e o trabalho.

Sob a ótica de Antunes (2009, p.25) a crise fundamental enfrentada pelo capital é, de pronto, delineada por um sistema de produção e intercâmbio voltado para a reprodução do valor de troca, para maximização das necessidades objetivadas pelo e para o próprio capital que, em última instância, é ontologicamente incontrolável.

Para o mencionado autor, a realização dos imperativos de manutenção e reprodução indistinta do capital é, em verdade, o elemento que revela a sua característica destrutiva:

Sendo um modo de metabolismo social totalizante e, em última instância incontrolável, dada a tendência centrífuga presente em cada microcosmo do capital, esse sistema assume cada vez mais a lógica essencialmente destrutiva. Essa lógica que se acentuou no capitalismo contemporâneo, deu origem a uma das tendências mais importantes do modo de produção capitalista, que Mészáros denomina taxa de utilização decrescente do valor de uso das coisas. “O capital não considera valor de uso (o qual corresponde diretamente à necessidade) e valor de troca como coisas separadas, mas como um modo que subordina radicalmente o primeiro ao último”. [...] Essa tendência decrescente do valor de uso das mercadorias, ao reduzir a sua vida útil e desse modo agilizar o ciclo reprodutivo, tem se constituído num dos principais mecanismos graças ao qual o capital vem atingindo o seu incomensurável crescimento ao longo da história. (ANTUNES, 2009, p. 27–28)

A subordinação do valor de uso ao valor de troca, em verdade, decorre de um processo de substantivação do valor do capital, que se traduz nas suas “formas” substantivas (a mercadoria e o dinheiro).

Assim, se a crise evidenciada pelo capital é uma crise de substantivação do valor, do desapego na criação de riquezas em relação às reais necessidades do indivíduo e de criação contínua do valor de troca, logicamente, a dinâmica do processo produtivo que se destina a realizar essa missão, também se molda de acordo com as necessidades de sua manutenção e expansão.

Esse desapego do valor de troca em relação ao valor de uso, manifestado através da subordinação estrutural do trabalho ao capital, tornou os seres sociais mediados entre si e combinados dentro de uma totalidade social estruturada e organizada para a reprodução indistinta do valor de troca, caracterizando aquilo que se denominou de metabolismo social, isto é, não só os aspectos essenciais da reprodução do capital se encontram emparelhado à esta lógica destrutiva, como também uma variedade de aspectos da vida social são coisificados pelo expansionismo totalizante do capital.

Desse modo, a autovalorização do capital apreende diversos aspectos da vida social, influenciando diretamente o paradigma do trabalho, provocando as metamorfoses necessárias à garantia do ciclo reprodutivo que repercute em formas diversas de apreensão da dinâmica produtiva.

Carcanholo (2009, p. 49) diagnosticou que essa reorganização do trabalho é fruto da descoberta de “uma forma de produção de riqueza diferente da que exige o uso do trabalho produtivo”, sendo assim defende que:

O trabalho teria, portanto, perdido centralidade; a tecnologia, a informação e o domínio do conhecimento foram alçados à categoria de entes mágicos capazes de tudo e objetos de adoração. Finalmente, o capital não precisaria mais sujar as mãos na produção para se realizar como ser capaz de, por si mesmo, gerar lucros, lucros elevados.

Isso acontece porque a inovação tecnológica trouxe consigo uma mudança na dinâmica produtiva, pois a incorporação dos meios tecnológicos à produção, criou um ambiente fértil para uma maior acumulação do capital.

Assim, os avanços tecnológicos proporcionaram uma mudança no mundo do trabalho, que pode ser explicada por um processo de desproletarização do trabalho industrial e de subproletarização do setor de serviços. Essa transformação é sintetizada por Antunes (2015, p. 61-62) da seguinte forma:

[...] há uma processualidade contraditória que, de um lado, reduz o operariado industrial e fabril; de outro, aumenta o subproletariado, o trabalho precário e o assalariamento no setor de serviços. Incorpora o trabalho feminino e exclui os mais jovens e os mais velhos. Há, portanto, um processo de maior heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora.

Esse processo de heterogeneização possui algumas vertentes. Na primeira, vislumbra-se uma tendência de redução do proletariado no setor fabril, especialmente nos países em que o capitalismo se encontrava em estágio avançado, pela automação, robótica e da microeletrônica, ou em decorrência da recessão, gerando uma monumental taxa de desemprego estrutural. No que se refere à segunda vertente, de aumento do subproletariado, houve um acréscimo de formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado, “terceirizado”, vinculados à economia informal entre tantas outras modalidades, decorrentes do excedente de trabalho disponível. (ANTUNES, 2015, p. 64)

Paralelamente à essa diminuição quantitativa do operariado industrial, ocorre, como subproduto da processualidade contraditória, uma alteração dual e qualitativa no modo em que o trabalho é desenvolvido, exigindo-se, ora uma maior qualificação, ora uma maior desqualificação.

Explica-se.

A introdução da tecnológica no processo produtivo indiscutivelmente demanda a necessidade de uma mão de obra mais qualificada para o trabalho, com a intelectualização de parcela da classe trabalhadora. Essa classe de trabalhadores não mais emprega sua força manual de trabalho na criação de produtos, mas apenas na manutenção do aparato tecnológico:

O trabalho já não parece tanto como encerrado no processo de produção, senão que, melhor, o homem se comporta como supervisor e regulador em relação ao processo de produção mesmo. O trabalhador já não introduz o objeto natural modificado, como um anel intermediário entre a coisa e ele, mas insere o processo natural que transforma em industrial, como meio entre si mesmo e a natureza inorgânica, a qual domina. Apresenta-se ao lado do processo de produção, em lugar de ser seu agente principal. (ANTUNES, 2015, p. 69)

Constata-se que a produção automatizada da indústria seria campo mais seletivo de trabalho, no qual o avanço tecnológico exigiria cada vez mais qualificação para o preenchimento de postos de trabalho, já não mais garantindo ocupação à mão de obra manual disponível.

Por outro lado, o excedente de mão de obra, não absorvido pelas fábricas, encontra na expansão do setor terciário guarida para o exercício do trabalho. Contudo, as formas de trabalho subproletarizado se expandem, ocasionando um decréscimo de vinculações com tempo integral e o aumento de suas formas precarizadas, dando concretude à segunda vertente da processualidade contraditória a que se referiu anteriormente:

Essas diversas categorias de trabalhadores têm em comum a precariedade do emprego e da remuneração; a desregulamentação das condições de trabalho em relação às normas legais vigentes ou acordadas e a conseqüente regressão dos direitos sociais, bem como a ausência de proteção e expressão sindicais, configurando uma tendência à individualização extrema da relação salarial. (BIHR, 1991, p. 89 *apud* ANTUNES, 2015, p. 64)

Desse modo, a intensificação da tecnologia no processo produtivo tornou menos efetiva a vinculação entre o tempo de trabalho e a quantidade de pessoas envolvidas no processo produtivo. Assim, o custo da produção passa a depender mais do estado geral da ciência, do progresso da tecnologia, e da aplicação desta ciência à produção (ANTUNES, 2015, p. 68), daí que, nos EUA, por exemplo:

[...] desde os anos 70 a relação de causa e efeito entre o aumento da produtividade e o aumento dos salários, como se constatou em revoluções tecnológicas anteriores, começou a cair. Desde então, ocorre fenômeno inverso: aumento de produtividade com quantidade cada vez mais reduzida de trabalho humano. (VASCONCELOS; VALENTINI; NUNES, 2017, p. 90)

Revela-se, então, uma dicotomia intrínseca do capitalismo em relação a centralidade do trabalho. Essa dicotomia é representada pela absoluta indispensabilidade do trabalho na criação da riqueza efetiva, em contraposição a substituição do trabalho vivo (com dispêndio de força humana), pelo trabalho morto (realizado pela constância das máquinas); ou pela transformação do trabalho concreto (capaz de criar valor de uso), em trabalho abstrato (cuja função expressa é reproduzir o valor de troca).

É dizer, o capitalismo expressa na sua principal forma de sua expansão, sua característica mais destrutiva. Sobre o alijamento do trabalho, assevera Maior (2017, p. 54) que:

O problema é o trabalho na sua dimensão abstrata, alienado, transformado na mercadoria força de trabalho, que é comercializada como outra mercadoria qualquer e que não serve a um resultado imediato e sim como meio para aquisição de dinheiro, que se utiliza para compra de bens e serviços. É o trabalho produzindo valor de troca, que é em si um valor, mas que serve à produção de mais valor para quem o compra.

Desse modo, além de um descompasso entre a produtividade e o tempo de trabalho humano envolvido na produção, há também um descompasso estrutural que marca a queda da taxa de lucro das empresas, ainda que presente um elevado nível de produtividade.

Nesse ambiente de valorização do capital, a adoção de tecnologias retroalimenta a suposição de sua autorreprodução, na medida em que em um ambiente de concorrência acirrada, aquele que detém instrumentos tecnológicos capazes de diminuir o custo de produção consegue, conseqüentemente, aumentar o seu lucro. Nesse sentido Harvey (2018, p. 112) destaca que “[o] impulso de produzir mais-valor relativo sustenta a pressão incessante por transformações tecnológicas e organizacionais na produção”.

Essa tendência de reprodução do capital e seus reflexos na dinâmica produtiva, especificamente em relação ao trabalho, parece conformar duas

vertentes: uma excludente e outra precarizante, ambas ligadas ao uso intensivo de tecnologias no processo produtivo, aprofundando a exploração do trabalho vivo como estratégia do capitalismo para reduzir os custos da produção.(WOLFF, 2009).

A tendência excludente pode ser revelada de duas formas: através da diminuição dos postos de trabalho, decorrente da substituição do trabalho vivo pelo trabalho morto, e através do crescente uso da tecnologia no processo produtivo, já que exige uma mão de obra mais qualificada para o trabalho.

Note que as empresas têm modificado o seu modo de produção, necessitando cada vez menos de empregados para o desempenho de suas rotinas essenciais, o que, de certo modo acarreta um aumento no desemprego estrutural.

A tendência precarizante é um dos subterfúgios de perpetuação da reprodução do capital, pois ao mesmo tempo em que o capital encontra barreiras para se multiplicar em suas próprias formas de aumentar o valor de troca (substituição do trabalho vivo pelo trabalho morto, ainda que o primeiro lhe seja absolutamente indispensável), cria condições que propiciam a superexploração do trabalhador.

Fato é que com o uso de tecnologias mais avançadas o trabalho contínuo e em tempo integral tende a diminuir. Os indivíduos que mantêm vínculos empregatícios são induzidos ao aumento exponencial de sua capacidade produtiva potencializada pela própria tecnologia, que requer mão de obra cada vez mais qualificada, ainda que em volume reduzido.

Por outro lado, aqueles que não mantêm vínculo laboral no contexto da nova economia se submetem à exploração do trabalho por meio das plataformas digitais de prestação de serviços, como por exemplo, a plataforma UBER. Em relação a este último grupo, alijados do mercado de trabalho formal, não são conferidas as proteções trabalhistas mínimas, permitindo a superexploração desse tipo de trabalhador.

Assim, apesar de seu caráter emancipatório, a tecnologia continua a ser empregada sob a mesma lógica destrutiva do sistema reprodutor de valor de troca, frustrando uma expectativa sobre a qual, em relação ao trabalho, imaginava-se que “[o] desemprego ocorreria apenas no período de transição tecnológica, no curto prazo, e seria compensado pelas ofertas de novas oportunidades de trabalho aos empregados”. (VASCONCELOS; VALENTINI; NUNES, 2017, p. 89)

Convém mencionar que essa frustração é aprofundada pela descentralização do processo produtivo das empresas, proporcionado pela diminuição dos custos de transação em razão das facilidades advindas da tecnologia da informação. O custo de transação era a principal razão pela qual a empresa preferia realizar o trabalho por conta própria, na medida em que “a informação viaja lentamente e se perdia grande parte da produtividade controlando *a posteriori* a qualidade do trabalho realizado” (SIGNES, 2017, p. 29).

Com essa barreira eliminada, as empresas não precisam manter grandes estruturas organizacionais, podendo descentralizar o processo produtivo, ou seja, não necessitam que o trabalho seja concentrado no âmbito da empresa, nem executado por pessoal próprio.

Assim, é possível perceber que o rearranjo do processo produtivo ocasionado pelo uso das novas tecnologias, como por exemplo as plataformas digitais, cria subterfúgios como a descentralização e a atomização do mercado, para dismantlar os modelos tradicionais de produção e para fugir da regulação trabalhista, ocasionando uma precarização das relações laborais com a diminuição de direitos e garantias sociais desses trabalhadores.

2 O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE

Indiscutivelmente essas modificações nas relações laborais exigem uma mudança paradigmática do direito trabalho, impondo uma reflexão sobre o objetivo e a finalidade desse ramo da ciência jurídica.

O que se observa é que a discussão inicialmente travada, de que o trabalho “vivo” poderia estar perdendo o seu papel no mundo moderno, por ora, não parece se confirmar. Em verdade, como consequência do rearranjo institucional das forças produtivas organizadas para viabilizar a manutenção da lógica de expansão capitalista, o que vem perdendo protagonismo na atualidade é o trabalho regulamentado.

Assim exsurge a reflexão sobre a finalidade do direito do trabalho no que diz respeito aos trabalhadores que prestam serviços através das plataformas digitais. A pergunta que se faz é: Será que a proteção jurídica laboral deveria ser aplicada a esses trabalhadores, ainda que sejam considerados como trabalhadores autônomos?

Em um primeiro momento, vale destacar que a natureza da proteção trabalhista, enquanto um conjunto de normas e preceitos de ordem pública,

não protege apenas os trabalhadores, mas também toda a sociedade (PIRES, 2011, p. 132), sendo, portanto, uma ciência jurídica de regulação do sistema econômico e social capitalista, voltada a assegurar o mínimo de civilidade na utilização do trabalho humano. (DELGADO, 2017, p. 10).

Ademais a regulação laboral tem nítida função de conferir moralidade aos avanços do capital, sendo “[...] incompatível, sem dúvida, com um certo tipo de capitalismo – o desregulado, desenfreado e sem reciprocidade –, embora contribua para a preservação do sistema desde que se trata do tipo civilizado e regulado”. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 21)

Assim, evidencia-se que a diretriz constitucional que delinea a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, para assegurar uma existência digna, conforme os ditames de justiça social, revela uma dimensão ética do Direito do Trabalho, na medida em que se destina à promoção da dignidade, contribuindo para a identidade individual do trabalhador.

Nesse sentido, Delgado e Riberio (2013, p. 199) destacam que:

[p]or meio de contínuo aperfeiçoamento, o Direito do Trabalho promove os ideais de justiça social e de cidadania, ambos relacionados à salvaguarda da dignidade humana – diretriz norteadora do Estado Democrático de Direito”.

Em sendo assim, merecem ser enaltecidos os elementos fundamentais de proteção ao trabalhador. Como bem observa Mello Filho (2017), a essência do Direito do Trabalho está ligada às grandes transformações tecnológicas, pois é no cenário da Revolução Industrial, e da introdução da máquina a vapor no processo produtivo, que o Direito do Trabalho ganhou espaço, já que a exploração da mão de obra fabril permitiu que os trabalhadores criassem a consciência coletiva de que precisariam lutar por melhores condições de trabalho, e assim o fizeram.

O fenômeno em questão constituía mudança paradigmática tão disruptiva quanto o que estamos vivendo atualmente, revelando, em ambos os casos, uma alteração na organização da atividade produtiva e, por via reflexa, na forma pela qual o labor humano passa a ser explorado.

Está absolutamente correta a percepção de que o direito do trabalho não pode se abster de proteger a relação que se estabelece com a venda da força humana, sendo que os instrumentos de proteção laboral previstos

no ordenamento jurídico não podem ser afastados completamente dessa nova roupagem que ganhou a relação jurídico-laboral.

É dizer, a centralidade de uma disciplina juslaboral na perspectiva das plataformas digitais decorre da própria centralidade do trabalho humano, característica persistente em todas as fases pelas quais passou o modelo de produção capitalista.

De forma objetiva, responde-se ao questionamento lançado no início deste item, para se afirmar que o direito do trabalho deve regular as “novas modalidades” de prestação de serviços através das plataformas digitais, posto que a dimensão ética do trabalho humano na sociedade, por mais moderna que seja, não se esvaiu, impondo-lhe uma tutela jurídica específica.

Em adição, é possível responder ao questionamento formulado inicialmente sob outras duas perspectivas, que igualmente demonstram a necessidade de uma tutela jurídica especial aplicáveis às relações de trabalho formatadas a partir das plataformas digitais. Ambas têm como ponto de partida o elemento da autonomia desses trabalhadores.

A primeira constatação é de que a simples qualificação dos trabalhadores como “autônomos”, pura e simplesmente por serem agentes “livres” no mercado para (não) prestar seus serviços por intermédio de toda e qualquer plataforma digital, não lhes garante igualdade de condições negociais face à contraparte do negócio jurídico.

Isso porque para estar apto à prestação de serviços por intermédio das plataformas digitais, o trabalhador precisa aderir aos seus “termos e condições”, como condição indispensável ao próprio trabalho, massificando a prestação de serviços através das regras contratuais unilateralmente estabelecidas, sem qualquer possibilidade de modificação em seus principais aspectos, como por exemplo, a remuneração.

Sobre a limitação da vontade do trabalhador e a necessidade da tutela juslaboral, observa-se que:

A existência de igualdade de poder negocial entre as partes é um dos principais elementos a serem adotados como mecanismo de verificação da necessidade da tutela juslaboral, na preservação da autonomia plena da vontade, não apenas na manifestação pela “adesão ou não adesão”, mas em todos os níveis da relação contratual, permeando à integralidade dos elementos que lhe são inerentes. (MOREIRA, 2019, p. 70)

Logo, a ausência de elementos mínimos que qualifiquem a autonomia no âmbito da própria formação do negócio jurídico, justifica um certo nível de dirigismo contratual estatal, por meio da regulação juslaboral, apto a dar condições materialmente isonômicas às disposições contratuais apenas formalmente insculpidas sob a égide da autonomia.

A intervenção estatal, neste aspecto, estaria fundada na hipossuficiência do trabalhador e na sua incapacidade de negociar de igual para igual com a contraparte detentora da plataforma digital e controladora da demanda pela prestação de serviços.

O critério da hipossuficiência enquanto técnica de aplicação do conceito de isonomia material não é novidade no ordenamento jurídico nem na aplicação da proteção juslaboral, que já o adota para impor limitações contratuais às partes no âmbito do vínculo empregatício.

Por mais que não se possa, pelo menos em princípio, falar de relação de emprego no âmbito da prestação de serviços através das plataformas digitais é absolutamente indiscutível que o indivíduo que vende sua força de trabalho, sempre o faz na perspectiva de seu próprio sustento e de sua família, sendo essa condição essencial para a caracterização de sua hipossuficiência, na medida em que se sujeitará ao trabalho em qualquer condição para garantia de sua sobrevivência, não havendo, nesse aspecto, qualquer diferença entre o trabalhador que possui e o que não possui vínculo empregatício. Todos serão igualmente hipossuficientes.

Além da desigualdade inerente entre as partes, os termos negociais que são apresentados ao trabalhador para o aceite, transcendem a mera intermediação entre oferta e demanda, regulando vários aspectos ínsitos à própria prestação dos serviços, o que não ocorreria em uma relação entre partes autônomas.

O segundo elemento capaz de fundamentar a essencialidade da proteção juslaboral nesse contexto de serviço prestado através das plataformas digitais é a tecnologia em si e a sua inegável aptidão para funcionar como instrumento de direção e controle do labor alheio.

Apesar de fugir às já limitadas pretensões deste trabalho, embora o registro em nada lhe prejudique, vale observar que estamos sempre às voltas com os debates relacionados ao uso das plataformas digitais e o fornecimento de dados pessoais, advertida e/ou inadvertidamente, para finalidades outras que não sejam de nosso próprio interesse.

O debate, aliás, está ligado às questões mais básicas de nossa vida pessoal, tal como os dados que são alimentados nas redes sociais, o monitoramento de trajetos por aplicativos de transporte e a coleta de informações referentes ao que se pesquisa na internet.

De maneira geral, ou se é monitorado por aplicativos que coletam informações de nossa utilização de forma silenciosa, ou os próprios indivíduos publicizam suas preferências e fornecem informações do que estão fazendo, do que estão comprando ou com quem estão.

Não se descarta, por fim, que as grandes empresas venham formando seus próprios bancos de dados, conferindo relevância estratégica às informações, consideradas a *commodity* do futuro.

A ideia geral é a de que: se os mecanismos de controle estão cada vez mais presentes e igualmente silenciosos; se nos submetemos amplamente ao controle de terceiros de forma inadvertida; se o fazemos até mesmo de forma consciente, ainda que não se tenha uma percepção muito clara de como essas informações podem ser usadas; não parece minimamente razoável qualquer alegação de que as plataformas digitais que intermediam a prestação de serviços, não tenham, não possam, ou não façam o direcionamento de condutas capazes de dirigir a prestação de serviços e, de qualquer forma, controlar o seu resultado final.

Nesse sentido, o controle da atividade laboral pelas plataformas digitais pode dar subsídios à permanência de elementos característicos do trabalho tipicamente subordinado, demonstrando-se, assim, que o fenômeno do trabalho intermediado pela tecnologia não se difere tanto do tradicional, pelo menos no aspecto do controle, justificando, em alguma medida, a proteção juslaboral.

Há relatos amplamente divulgados de formas de controle do trabalho executado pelas plataformas digitais que compreendem o monitoramento via geolocalização, para aferição do trajeto do prestador de serviço, do tempo em que o serviço é executado, assim como o direcionamento do prestador de serviço para uma localidade de maior demanda, a oferta de bonificações ou de “chamados” adicionais, para incentivar o trabalhador a permanecer *online*, o controle da prestação de serviços pelas avaliações dos clientes, e também o monitoramento do serviço prestado com gravações pela câmera e microfone do aparelho celular, visando posterior controle por parte das empresas.

Assim sendo, a diferença significativa entre o vínculo de emprego tradicional e o trabalho “autônomo” exercido por intermédio das plataformas

digitais, não parece ser o exercício do controle propriamente dito, mas a forma pela qual o controle é realizado.

Apesar da constatação de permanência de alguns elementos característicos do trabalho tradicional, juridicamente tutelado pelo direito laboral, é igualmente inegável que a descentralização do processo produtivo das empresas, vem alterando a necessidade de manutenção do emprego de pessoal permanente em suas estruturas.

À essa tendência, soma-se aquelas empresas que ao invés de prestar algum tipo de serviço concreto, se limitam a colocar em contato o demandante e o prestador de serviço, em um verdadeiro processo de balcanização do mercado. Nessa perspectiva, no lugar de algumas empresas prestadoras de serviços, por meio de pessoal permanente, temos vários prestadores de serviços individuais, conectados em uma plataforma de agenciamento, o que em última instância provoca uma atomização do mercado. (SIGNES, 2017, p. 29).

Não obstante, a atomização da força de trabalho apresenta uma nova forma de autonomia que, por via reflexa, altera o conceito clássico de subordinação. Eis que, então, transforma-se o campo da atividade econômica explorada e, por óbvio, a necessidade do tipo de serviço prestado em decorrência dela, não cabendo mais o conceito clássico de vínculo empregatício, na medida em que o processo produtivo não se amolda mais ao padrão industrial sob o qual foi erigido.

Assim também a proteção jurídica para o labor humano precisa ser de adaptações, para que se mantenha um patamar civilizatório mínimo a essa nova forma do exercício do trabalho, que não é nem emprego e nem puramente autônomo, mas que, igualmente, merece um tratamento juridicamente adequado.

Isso porque, como revela Signes (2017), a proteção juslaboral atrai elementos de interesse geral da economia, como por exemplo, a fixação de salários básicos e a limitação da jornada de trabalho, na medida em que a fixação de um salário básico se destina a manter a capacidade de consumo do trabalhador, sem o qual também se dificulta o acesso ao mercado de crédito.

Por outro lado, a limitação da jornada de trabalho está diretamente relacionada às normas proteção à saúde e segurança do indivíduo e visa evitar enfermidades e acidentes – que são encargos sociais, em última análise, suportados pela coletividade.

A relevância da proteção laboral qualificada anteriormente, justifica uma mudança paradigmática na tutela jurídica do trabalho, que fuja à dicotomia marcada pela existência ou não do vínculo empregatício. Limitar o debate da proteção juslaboral nesses termos é limitar o debate sobre a essencialidade do trabalho humano e sobre a necessária proteção de todas as formas de trabalho como meio efetivo para se resguardar a dimensão ética do trabalho.

Até porque, conforme mencionado anteriormente, o embate entre a existência ou não do vínculo empregatício no trabalho intermediado pelas plataformas digitais é uma questão de perspectiva, sendo possível, inclusive, enxergar elementos típicos da subordinação no controle e direcionamento proporcionado pelas plataformas digitais, por exemplo.

Entende-se, contudo, que a questão do vínculo empregatício não é mais decisiva enquanto chave aplicativa da proteção laboral, haja vista a mudança significativa da organização do capital produtivo e da consequente modificação da organização do trabalho.

Essa mudança paradigmática na tutela jurídica do trabalho deve ser, então, compreendida como aquela que não distingue o trabalhador pelo tipo de vínculo que constitui, se de emprego ou não, mas que fornece uma proteção mínima pelo simples fato de estar sujeitando-se a qualquer ao labor, com sua força física ou intelectual e que dela dependa para a sua sobrevivência e a de sua família.

Uma forma de proteção básica aplicada de maneira indistinta a todo e qualquer tipo de trabalho que contemple, ao menos, quatro elementos: observância obrigatória do salário-mínimo ou de sua fração; observância de condições gerais de saúde e segurança do trabalho; limitação de jornada de trabalho e a contribuição obrigatória aos sistemas de proteção social, para prevenção de sinistros em decorrência da atividade laboral e fornecimento de renda em caso de incapacidade.

Logicamente, outras formas de proteção ao trabalho podem ser estabelecidas, legalmente ou não, em decorrência do exercício de atividades com vínculo empregatício e/ou em condições especiais ou diferenciadas.

A proteção juslaboral, assim, se aplicaria a todas as novas relações que surgirão com o advento das novas tecnologias, garantindo-se minimamente o primado básico da Constituição da República Federativa do Brasil, que é a dignidade humana, evitando-se qualquer forma de precarização das

relações laborais a ponto de coisificar o trabalhador, sob a justificativa de uma autonomia que, de fato, não detém.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar a mudança paradigmática ocasionada nas relações laborais pelo uso das novas tecnologias e os reflexos da globalização e da sua dinâmica expansionista no mercado de trabalho, refletindo sobre o papel que o direito do trabalho deve desempenhar frente a essa nova realidade introduzida pelas plataformas digitais.

A introdução da tecnologia nas relações interpessoais vem transformando a forma como o trabalho é prestado, o que exige do direito laboral uma adequação à dinâmica do processo produtivo, para que a dignidade do trabalhador seja respeitada, a fim de se evitar a precarização das condições de trabalho e a superexploração do trabalho humano.

Em certo sentido, buscou-se, ainda que de forma limitada, reafirmar a dimensão ética do trabalho no mundo moderno, que apesar das tecnologias e de suas facilidades, não deixou de ter, no trabalho humano, o principal elemento de determinação do indivíduo assim como a principal forma de reprodução do capital.

É indiscutível que a inovação tecnológica provoque a automação da mão de obra, e, nessa perspectiva contribua para a precarização das relações de trabalho, na medida em que enfraquece o potencial de luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho.

Noutra perspectiva, a introdução da tecnologia contribui para a precarização das relações de trabalho na medida em que gera um excedente de força de trabalho ocasionada pela diminuição dos postos de trabalho, e também pela exigência de uma mão de obra mais qualificada. Essa tendência excludente da automação, cria um ambiente propício para a superexploração, pois exige um aumento significativo e crescente da produtividade.

O rearranjo do processo produtivo ocasionado pelo uso de tecnologia introduz novas formas de organização da economia e do mercado de trabalho, que não se amoldam aos modelos tradicionais de produção tipicamente industrial sob os quais foi erigido o regime jurídico do trabalho subordinado, com uma conseqüente diminuição de direitos e garantias sociais dos trabalhadores.

Exatamente por esse motivo que a legislação protetiva precisa se adequação à nova realidade social para proteger, de algum modo, as relações de trabalho que são constituídas através das plataformas virtuais.

O fato das relações laborais não mais se enquadrarem na definição tradicional de trabalho subordinado, tal como regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não quer significar que não merecem qualquer tutela jurídica, haja vista que o trabalho humano continua tendo lugar de destaque nessa nova organização do capital, incumbindo ao direito do trabalho dar-lhe uma dimensão moral.

E não poderia ser diferente. Enquanto uma ciência jurídica de regulação do sistema econômico e social capitalista, voltada a assegurar o mínimo de civilidade na utilização do trabalho humano, é absolutamente correta a percepção de que o direito do trabalho não pode se abster de proteger a relação que se estabelece com a venda da força humana, ainda que ela não possa ser como uma relação de emprego.

Sugere-se, por fim, uma mudança paradigmática na tutela jurídica do trabalho, que fuja à dicotomia marcada pela existência ou não do vínculo empregatício, baseada em, pelo menos, quatro elementos: a observância obrigatória do salário-mínimo ou de sua fração; observância de condições gerais de saúde e segurança do trabalho; limitação de jornada de trabalho e a contribuição obrigatória aos sistemas de proteção social, para prevenção de sinistros em decorrência da atividade laboral e fornecimento de renda em caso de incapacidade.

Assim, faz-se necessário que modificações nesse sentido sejam feitas na legislação trabalhista para que o Direito do Trabalho consiga proteger minimamente o trabalhador que é inserido nessa dinâmica produtiva, prevendo regras básicas de proteção à sua dignidade, pois o papel do Direito do Trabalho é fundamental para impedir a precarização das relações laborais, e isso inclui todas as formas de trabalho, subordinadas ou não.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho?* 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

BIHR, Alain. *Du "Grand Soir" a "L'Alternative"*: le mouvement ouvrier européen en crise. Paris: Les Edition Ouvrières, 1991.

CARCANHOLO, Reinaldo. A. A atual crise do capitalismo. In: *Crítica Marxista*, n. 29, p. 49–55, 2009.

CARCANHOLO, Reinaldo. A.; NAKATANI, Paulo. O capital especulativo parasitário: uma precisão teórica sobre o capital financeiro característico da globalização. *Ensaio FEE*, v. 20, n. 1, p. 284–304, 1999. Disponível em: <https://pt.calameo.com/read/000140749d68c8ff4561c>. Acesso em: 21. fev. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campo. *Os Direitos Sociotrabalhistas como dimensão dos Direitos Humanos*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 2, p. 199–219, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Apresentação. In: *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, p. 9–10, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Org.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. 1. ed. São Paulo: LTr, p. 17–27, 2017.

HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*: Marx e o capital no século XXI. Tradução Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Impactos da Tecnologia no Mundo do Trabalho, no Direito e na Vida do Juiz. In: *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, p. 44–55, 2017.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. Prefácio. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, p. 11–13, 2017.

MOREIRA, Allan Gomes. Tecnologia, precarização e o papel do direito do trabalho. In: *Revista do Direito do Trabalho e Meio ambiente do Trabalho*, v. 5, n. 2, p. 55– 75, Jul/dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/6093>. Acesso em: 22 fev. 2020.

PIRES, Horácio de Senna. Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 2, p. 125–132, 2011.

SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, p. 28–43, 2017.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares; NUNES, Talita Camila Gonçalves. Tecnologia da Informação e seus Impactos nas Relações Capital-Trabalho. In: *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, p. 89–100, 2017.

WOLFF, Simone. O “trabalho informacional” e a reificação da informação sob os novos paradigmas organizacionais. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, p. 89–113, 2009.

RECEBIDO EM: 21/08/2018

APROVADO EM: 04/10/2018

AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EM EVOLUÇÃO: DE ATO ADMINISTRATIVO UNILATERAL A ATO NEGOCIAL PARA FINS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

***AN EVOLUTION OF ADMINISTRATIVE AUTHORISATION:
FROM AN UNILATERAL ADMINISTRATIVE ACT TO
THE NEGOTIATION ACT WITH A PUBLIC SERVICE
DELEGATION MEANS***

Wassila Caleiro Abbud

*Doutoranda em Efetividade do Direito – PUC/SP. Mestre em Efetividade do
Direito (Direito Administrativo) pela PUC-SP. Professora Assistente do Curso de
Especialização em Direito Administrativo - PUC/SP – COGEAE. Advogada.*

Flávia Giorgini Fusco Cammarosano

*Doutoranda em Direito do Estado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
PUC/SP. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo pela COGEAE - PUC/SP.
Professora Assistente da COGEAE-PUC/SP. Professora da Universidade Paulista -
UNIP. Diretora de Eventos do Instituto CEED. Advogada.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breves considerações sobre
autorização administrativa; 1.1. Doutrina brasileira:
desenvolvimento e rigor científico; 1.2. Consolidação
pela doutrina majoritária anterior à 1988; 2. Autorização

administrativa e a Constituição de 1988; 3. A celeuma: autorização administrativa e a Lei n.º 9.472/1997 (LGT); 4. Perspectivas para uma acepção de autorização administrativa; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar, de forma crítica, a autorização administrativa. Fruto de uma construção doutrinária estrangeira, desde a sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro o instituto é alvo de discussões e críticas. Em que pese o esforço de se lhe atribuir um conceito universal e definitivo, certo é que a autorização administrativa se reveste de natureza jurídica que suscita diversas interpretações, quer sob a ótica das normas constitucionais brasileiras, quer sob a ótica da legislação sobre telecomunicações – recorte metodológico proposto neste artigo. Neste diapasão, o estudo traça uma evolução da autorização administrativa, de modo a apresentar algumas conclusões a respeito das perspectivas que se tem em relação aos seus aspectos gerais, sem que, com isto, esgote-se o tema ou que se proponha um conceito único.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Regime Jurídico Administrativo. Delegação. Serviço Público. Autorização Administrativa.

ABSTRACT: This present article aims at critically addressing the concept of Administrative Authorisation. This institution, which is product of a foreign doctrinarian construct, has been subjected to scrutiny and criticism since its reception within the Brazilian juristic system. Notwithstanding an effort to ascribe it to a definitive and universal condition, the Administrative Authorisation is certainly attired with a many-folded juristic nature, comprising several interpretations, either from the standpoint of Brazilian constitutional norms, or the perspective of telecommunications' legislation – the latter being the methodological outlook proposed in this article. As well as outlining an evolution of Administrative Authorisation, this study draws conclusions concerning its general aspects, attaining yet to its complexity, without proposing an exclusive deliberation, or attempting to drain out any possibility of dispute.

KEYWORDS: Administrative Law. Administrative Juristic Regime. Delegation. Public Service. Administrative Authorisation.

INTRODUÇÃO

O instituto da autorização administrativa tem sido objeto de diversas críticas pela mais gabaritada doutrina administrativista brasileira. No cerne da questão, debatem-se a respeito da possível incompatibilidade entre o conceito doutrinário de autorização administrativa e a utilização do instituto para fins de delegação de serviços públicos, conferida pela Constituição da República de 1988 e, em última análise, o direito de indenização pelos autorizatários, nesta hipótese.

Originariamente, a doutrina estabelecera que, por autorização administrativa, entendia-se tão somente aquele ato administrativo dotado de precariedade e revogável a qualquer tempo pelo Poder Público, no exercício de polícia administrativa, a fim de autorizar ao particular o exercício de práticas pendentes ou dependentes de prévia manifestação do Poder Público.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 05, de 15 de agosto de 1995, conferiu-se a possibilidade de o Poder Público delegar aos particulares determinados serviços públicos por meio de autorização, permissão e autorização, consoante o artigo 21, inc. XI e XII¹, enquanto que, de outro lado, estabelecera o artigo 175, *caput*, ser incumbência do Poder Público a prestação dos serviços públicos, na forma da lei, diretamente, ou indiretamente, somente por meio de concessão e permissão.

Neste contexto, e partindo-se desta concepção de autorização administrativa compreendida como ato de poder de polícia, muitos administrativistas de escol levantaram debates sob o enfoque da imprecisão técnica, vez que, em decorrência da natureza jurídica do instituto – ato administrativo unilateral e precário, revogável a qualquer tempo pelo Poder Público – não poderia este ser utilizado para fins de delegação de serviços públicos.

1 Artigo 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/95); b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Para os fins que se pretende neste artigo, estabelece-se que é a partir da edição da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), que a problemática adquire novos contornos. O diploma disciplinou os serviços de telecomunicações, a serem prestados sob o regime de direito privado por meio de autorização. Assim é que alguns doutrinadores passaram a questionar o conceito jurídico dominante do instituto, partindo-se da premissa de que o apego a uma interpretação meramente teórica, dissociada de qualquer substrato legal, estaria ultrapassada e engessada, incapaz de dar vazão ao anseio dos novos tempos. E isso porque, segundo tais críticas, a interpretação do instituto deveria ser feita sob a ótica da definição legal instituída pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

Contudo, isto não se mostra adequado, vez que se parte do pressuposto que, ao menos no sistema jurídico brasileiro, a doutrina sempre constituiu – e constitui – fonte elementar no desenvolvimento e formação do Direito Administrativo, delineando os contornos de seu regime jurídico próprio e da natureza jurídica de seus institutos, valendo-se, primordialmente, da doutrina estrangeira, sobretudo aquela denominada europeia-continental. Por tal motivo, busca-se revisitar o tema sob o enfoque doutrinário, cujo papel não deve ser minimizado ou desconsiderado – antes, constitui fonte elementar de interpretação, conjugada com o regime jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988.

A visão crítica acima apontada por vezes desconsidera que, mesmo se tratando de doutrina dominante, nunca houve um sentido unívoco, fechado e preciso do instituto, embora alguns defendam a ideia de que a autorização administrativa possua natureza jurídica única e estanque, talvez adequada ao contexto histórico e constitucional em que se instituíra inicialmente. Em outras palavras, tal crítica incorre no mesmo erro que aponta à doutrina dominante: o apego a um conceito único e estanque do que seja autorização administrativa – embora sob o argumento de que mais adequado aos novos tempos.

Em decorrência disto, o artigo busca compreender quais as acepções que o instituto comporta ou comportou em termos doutrinários. Importa, então, determinar a contribuição da doutrina no desenvolvimento do tema, de forma a se extrair seu regime jurídico determinado pela ordem jurídico-constitucional, para, após, proceder a uma análise crítica a respeito da autorização administrativa positivada pela LGT e os novos contornos que o legislador pretende conferir-lhe.

Para tanto, optou-se por uma abordagem metodológica qualitativa, com base na análise de normas e doutrinas jurídicas voltadas ao tema,

além de pesquisas junto ao sítio eletrônico do Poder Legislativo, a fim de verificar em qual sentido o legislador avança, especificamente em relação à autorização de serviços de telecomunicações.

Ao final, busca-se concluir que a natureza jurídica do instituto, definida doutrinariamente, comporta acepções de matizes que somente podem ser delineadas a partir do regime jurídico imposto pela ordem constitucional, não se admitindo que, qualquer que seja o ato administrativo, vinculado ou discricionário, esteja ele à disposição do Poder Público para o exercício indiscriminado de uma alegada liberdade ou autoridade que não comporta mais razão sob a vigência de um regime jurídico administrativo imposto pela Constituição da República.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A teoria da autorização administrativa é de formação pretoriana, cujo início remonta aos comentários doutrinários de decisões das Cortes de Cassação da Bélgica e da França, cuja teoria fora formulada em matéria de águas, e a partir da qual se desenvolvera posteriormente na Itália.²

No Brasil, a influência da doutrina italiana desempenhou relevante papel no desenvolvimento do tema, que, sob a influência de uma corrente nacional preocupada em conferir uma definição inequívoca aos institutos jurídicos, determinou sua noção técnica, uma vez que o vocábulo autorização, em si mesmo considerado, possui larga extensão semântica, principalmente como sinônimo de ato permissivo; e na linguagem jurídica, o mesmo se dá. Em obra sistemática dedicada exclusivamente ao seu estudo, Cid Tomanik Pompeu (1992) aponta que a autorização era utilizada em sentido amplíssimo, impreciso e de variado conteúdo, designando, por vezes, atos de natureza jurídica diferentes. Além disso, o problema se replicava na técnica legislativa, com ausência de critérios exatos e com imprecisão jurídica, bem como na prática das repartições públicas e nas decisões judiciais.

2 “Pacelli informa ter a distinção sido criada na França, para conciliar o Código Civil com a legislação administrativa em matéria de águas, no sentido de ser suficiente a autorização, para cursos de água não navegáveis, sobre os quais os ribeirinhos já dispunham de direito de uso, por força do art. 644, do Código de Napoleão. Nos navegáveis, seria necessária concessão, pois, estariam expressamente excluídos das disposições daquele artigo. A teoria, segundo Pacelli, não reproduzida pelos autores franceses, foi aceita quase universalmente. Daí a afirmação da doutrina italiana dominante, no sentido da autorização remover obstáculo para o exercício de direito preexistente (POMPEU, 1992, p.7-8).

1.1 DOCTRINA BRASILEIRA: DESENVOLVIMENTO E RIGOR CIENTÍFICO

A partir deste contexto é que parte majoritária da doutrina buscou conferir a definição exata do termo, a partir dos fins perscrutados pela Administração Pública, guiados por um rigor científico e com vistas a delimitá-lo em um domínio particular da ação administrativa. Com isto, pretendia-se afastar o quanto já observado na doutrina estrangeira, onde alguns autores incorriam no equívoco de empregar como sinônimas palavras como autorização, licença, permissão e concessão, com base tão somente nos textos legais. Referida corrente unificadora foi representada, dentre outros, por juristas de escol como José Cretella Jr., Goffredo da Silva Telles Júnior e Caio Tácito (POMPEU, 1992, p. 12-13).

Nas diversas teorias da doutrina estrangeira, alguns traços comuns estavam presentes, tais como: a autorização como espécie de ato administrativo unilateral, que ampliava a esfera jurídica do sujeito; existência de proibição para a prática de determinados atos, sendo sinônimo de ato permissivo ou autorizativo, aceitando-se tanto as espécies vinculadas como as discricionárias, em relação à possibilidade de a Administração analisar o exercício em relação aos interesses coletivos (POMPEU, 1992, p. 19-47).

A doutrina dominante brasileira, então, desenvolveu-se a partir destes traços comuns, mormente em relação ao posicionamento da doutrina italiana, que adotava um sentido amplo do termo, propugnando ser a autorização o ato administrativo por meio do qual se removia obstáculo preexistente para exercício de direito consistente em uma atividade material, cujo sujeito passivo seria sempre o particular. Paulatinamente, foi se consolidando a tese de que autorização administrativa é ato administrativo unilateral, discricionário e, conseqüentemente, dotado de precariedade. Ou seja, a doutrina dominante administrativa não açambarcou o aspecto de vinculação ao ato autorizatório.

Cid Tomanik Pompeu (1992, p. 16) propõe uma noção técnica do termo, segundo a qual comportaria dois sentidos. Em sentido amplo, corresponderia à outorga que um agente público expede a outro agente público, entidade da Administração ou a um particular, a fim de facultar o desempenho de atividade material declarada por lei, que obriga a sua autorização. Em segundo sentido, restrito, corresponde à “[...] outorga removedora de óbice que, por motivos de ordem pública, a lei impôs ao livre desenvolvimento da atividade individual”.

No mesmo sentido, destaque-se também o posicionamento de José Cretella Jr. (1982, p. 1-17), para quem a autorização administrativa é um

tipo de anuência do poder público em relação à atividade do particular, cujo regime jurídico pode ser salientado a partir de alguns pontos principais: (i) ato administrativo unilateral e discricionário, que faculta a um interessado exercício de atividade ou utilização de parte do domínio público, removendo obstáculo legal impeditivo; (ii) classifica-se em simples e precária, quando outorgada por tempo indeterminado, e qualificada, quando por tempo determinado; (iii) ausência de direito preexistente do sujeito beneficiado pelo ato; (iv) não se confunde com outros institutos, tais como a permissão e a concessão.

Importante consignar que houve uma voz dissonante na doutrina. Guimarães Menegale admitia a autorização sob duas espécies: (i) autorização não contratual, onde prepondera a precariedade; (ii) a autorização sob contrato, que criava direitos inerentes à natureza do contrato, aproximando-se, portanto, à concessão. Para ele, a autorização é ato vinculado, donde se extrai que, uma vez preenchidas as condições legais, está a Administração obrigada a expedir o ato (MENECALE *apud* POMPEU, 1992, p. 95-96).

Por certo que não se pretende abordar todas as nuances teóricas que permearam a construção da concepção da autorização administrativa, tarefa que se revela tortuosa diante da brevidade deste estudo. O que interessa, pois, é vislumbrar, em linhas gerais, a complexidade que o tema comporta e a forma – não simplista – pela qual se deu a consolidação da doutrina majoritária em relação à autorização administrativa.³

Conclui-se, desde já, que sempre houve o reconhecimento do sentido plural que o vocábulo autorização detém, mesmo em sentido jurídico. Por isto mesmo, parcela da doutrina empenhou-se em estabelecer um conceito unívoco ao instituto da autorização administrativa, diante da imprecisão e da forma indiscriminada que era utilizado pela legislação, na técnica interna dos órgãos da Administração, bem como pelas decisões judiciais.

1.2 CONSOLIDAÇÃO PELA DOUTRINA MAJORITÁRIA ANTERIOR À 1988

Por certo que não se pode subestimar a doutrina anterior à Constituição de 1988, devendo se reconhecer que o posicionamento também levava em consideração as normas até então positivadas, no que diz respeito à utilização do instituto para fins de outorga de prestação de serviço público, para a formulação da teoria. Assim é que a Constituição Federal de 1934, no título dedicado à Ordem Econômica e Social, trazia

3 Para uma análise mais detida sobre o posicionamento de diversos doutrinadores, confira-se: WALD; JUSTEN FILHO; PEREIRA, 2017. p. 108-128 e p. 132-161.

previsão expressa de que o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização ou concessão federal, na forma da lei (art. 119), que seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros (art. 119, § 1º). A Constituição de 1937 ressaltou que o aproveitamento de minas e jazidas minerais, da água e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização federal, concedida tão somente a brasileiros, ou por empresas constituídas por acionistas brasileiros (art. 143 e parágrafos).

Ampliando o rol de serviços de competência exclusiva da União, a Constituição de 1946 atribuiu-lhe exclusividade para explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado (art. 5º, XII), mantendo-se as previsões anteriores. Observa-se na Carta de 1967 alterações mínimas em relação às precedentes, inserindo competência à União para explorar diretamente ou indiretamente, mediante autorização ou concessão, os agora denominados serviços de telecomunicações, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza, a navegação aérea, incluindo-se, ainda, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza (art. 8º, XV). Quanto às jazidas e recursos minerais, manteve-se necessária a prévia autorização ou concessão (art. 161 e parágrafos). Por fim, a Emenda n.º 01/1969 à Constituição de 1969 manteve inalterada tais previsões (art. 8º, XV e art. 168).

Pode-se aventar que a posição majoritária da doutrina, a defender a autorização administrativa como ato unilateral, discricionário, e que pode a qualquer tempo ser revogado por interesse da Administração, sem qualquer direito à indenização, guarda relação com o caráter autoritário e centralizador que permeou o regime político antecedente à 1988. Conforme se depreende dos textos constitucionais, a autorização foi prevista como instrumento de delegação da exploração de serviços de competência exclusiva da União, bem como de jazidas e recursos minerais, todos de interesse estratégico do Estado brasileiro.

Observa-se que, na medida em que o Estado brasileiro foi se desenvolvendo e se tornando mais centralizador, em virtude do processo de urbanização e industrialização observados a partir da década de 1930, as normas constitucionais também alargaram o rol de serviços de competência

exclusiva da União a serem prestados por autorização ou concessão, desde a Carta de 1934.

Em linhas gerais, o sentido único e dotado de precisão técnica que se consolidou foi o de que a autorização administrativa é uma das formas de manifestação da Administração Pública, ou seja, insere-se na categoria jurídica de ato administrativo. Exterioriza-se a partir da provocação de particulares, que buscam junto à Administração, a expedição de ato administrativo unilateral, de caráter discricionário, e, portanto, precário, a fim de que este particular possa exercer atividades materiais. Reconhece-se, também, que a autorização administrativa pode se apresentar em duas modalidades: simples, quando por prazo indeterminado; qualificada, quando por prazo determinado.

Contudo, após a promulgação da Constituição de 1988, os debates em torno da autorização como instrumento de delegação de prestação de serviços de competência da União passaram a dominar as críticas em relação ao posicionamento da doutrina dominante, conforme adiante se passa a discorrer.

2 AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O advento da Constituição da República de 1988 não se afigura mero marco histórico; antes disso, representa uma verdadeira mudança de paradigma nos vetores interpretativos dos direitos e garantias fundamentais, cujos reflexos incidem também na forma pela qual o Estado Democrático de Direito deve promover o acesso aos serviços públicos. A constitucionalização do direito administrativo; o dever de observância ao princípio da legalidade em sentido amplo pela Administração Pública; o alargamento do controle sobre o ato administrativo, ainda que comportando questões de mérito, porque expedidos no exercício de competências discricionárias, são alguns dos aspectos que permeiam o regime jurídico administrativo no Estado Democrático de Direito. Nesta ordem de coisas, não há mais que se falar em exercício autoritário das funções públicas. Tal como em suas precedentes, a Constituição de 1988 manteve a utilização da palavra autorização em diversas acepções⁴.

4 Em estudo monográfico sobre o tema, Rogério Morina Vaz (2009, p. 16-17) descreve que os termos autorização, autorizar ou autorizado aparecem na Constituição 54 (cinquenta e quatro) vezes, e em 7 (sete) acepções distintas, levando-se em consideração os sujeitos da relação e a matéria jurídica em que se encontra prevista, a saber: (i) autorização de polícia administrativa (relação de controle Estado versus cidadão); (ii) mandato civil (relação entre particulares); (iii) controle do Legislativo sobre atos do Executivo (relação de controle institucional); (iv) controle da Câmara de Deputados sobre o Senado (relação de controle parlamentar interno); (v) em acepção semântica sem qualquer efeito jurídico; (vi) controle do Judiciário sobre os atos do Executivo (controle de juridicidade); (vii) controle hierárquico (relação Estado e servidor público).

No entanto, diz-se que a Constituição da República de 1988 houve por inovar, ao prever a outorga do direito de prestação de serviços públicos por terceiros mediante autorização administrativa ao lado da concessão, que possui natureza de contrato administrativo, e da permissão que, muito embora também existam posições divergentes quanto à sua natureza, certo é que se reveste de instituto dotado de maiores garantias aos direitos dos administrados, inclusive no que tange à indenização. Note-se, também, que ambos últimos dois institutos são, tradicionalmente, instrumentos de delegação de serviço público.

A partir disto é que parcela da doutrina passou a criticar o conceito jurídico defendido pela doutrina dominante, pois, de simples ato administrativo unilateral e discricionário, a autorização administrativa deveria ser compreendida como um instituto que trouxesse maior segurança jurídica aos direitos dos particulares autorizados a prestar um serviço público, mormente no que diz respeito ao direito de indenização.

Na Constituição da República de 1988, a utilização da autorização administrativa, ao lado da concessão e da permissão como instrumento de delegação de prestação de serviço público, não entanto, não remonta ao constituinte originário quando da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. Constituiu-se fruto da Emenda Constitucional nº 08 de 15/08/1995, que alterou a previsão originária, onde se admitia tão somente a exploração direta pela União ou mediante concessão, para a admitir a exploração, direta pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços públicos de telecomunicações (artigo 21, inciso XI⁵). Em relação ao inciso XII, já havia previsão expressa de exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, sendo que a EC 08/1995 apenas alterou o quanto disposto na alínea *a*: excluiu-se do texto a expressão “demais serviços de comunicação”, mantendo-se aqueles serviços públicos na forma determinada pelo texto original: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustre.

5 Artigo 21. Compete à União: inciso XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Inicialmente, houve certa resistência por parte da doutrina mais gabaritada em admitir a autorização administrativa como uma das formas de outorga de direitos para a prestação de serviços públicos a particulares. E isso se deveu, em larga medida, à posição doutrinária predominante adotada em relação à autorização administrativa e que, conforme já citado, consistia na percepção de que o instituto era concebido como ato administrativo unilateral, precário e discricionário.

A exemplo do que se discorre, cite-se que, em um primeiro momento, diversos administrativistas propugnaram que o uso da expressão autorização, ao lado da concessão e permissão configuraria insuficiência técnica porquanto dizia respeito tão somente às atividades privadas. Contudo, diante da nova realidade que se apresentara, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) passou a admitir a dubiedade da expressão autorização no texto constitucional. Embora haja previsão constante nos artigos 21, XI e XII da C.R., certo é que o artigo 175 é expresso ao instituir que os serviços públicos, que devem ser prestados de forma direta pelo Poder Público; somente será admitida sua prestação de forma indireta sob os regimes de concessão ou permissão. A solução encontrada pelo administrativista foi interpretar o instituto de modo a conciliar os dois preceitos, fundamentando-se no artigo 175 da C.R. Em relação ao termo autorização, veiculado pelo artigo 21, incisos XI e XII, revelam-se duas espécies de situações: uma, em que há prestação de serviço de telecomunicações, em sentido de interesse privado, como o de radioamador, ou interligação de empresas por cabos de fibras óticas, onde o instituto fora utilizado para exprimir ato de polícia administrativa, e outra, no caso de serviço público de telecomunicação, em que se trata de condição emergencial (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 719). Em última análise, não admite o administrativista o uso da autorização como forma própria de outorga de prestação de serviços público, ao lado da concessão e da permissão.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a partir da escola de José Cretella Jr., admite certa gradação entre os institutos da autorização, permissão e concessão, seja em face de outorga de prestação de serviços públicos como para a concessão de uso de bem público. No entanto, para a administrativista, em qualquer dos sentidos que o instituto seja utilizado, sua natureza será a mesma: ato unilateral, precário e discricionário. O que se tem é apenas variação no objeto da autorização, que pode abarcar uma das três hipóteses: “[...] desempenho de atividade ou prática de atos que não seriam possíveis sem o consentimento da Administração, por existir norma legal proibitiva; a exploração do serviço público; o uso de bem público por particular” (DI PIETRO, 2010, p. 81).

Há de se reconhecer que, não apenas com a edição da Carta de 1988, mas desde as constituições precedentes, admite-se a autorização para fins de delegação de serviços públicos. A EC n.º 05/1995 restabeleceu a previsão que já constara anteriormente, naqueles serviços reputados como de competência exclusiva da União (serviços públicos), e, notadamente no que aqui nos cabe, a autorização administrativa para exploração indireta pelos particulares nos serviços de telecomunicações.

Embora se admita a existência de posicionamentos doutrinários de uma ou outro matiz, certo é que não se pode negar que autorização administrativa é instituto constitucionalmente legitimado para a delegação de serviço público. Neste diapasão, cumpre verificar em que sentido e alcance remanesce o caráter discricionariade e a sua extinção, diante do regime jurídico-administrativo instituído pela Carta de 1988. Em outras palavras, como compatibilizar aquela acepção originária de autorização administrativa, quando se está a tratar de outorga de serviços públicos, em que o autorizatário dispense recursos e investimentos para prestar determinado serviço? Antes de respondermos a esta indagação, passaremos ao ponto nevrálgico do tema: a autorização administrativa instituída na Lei Geral de Telecomunicações.

3 A CELEUMA: AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E LEI N.º 9.472/1997 (LGT)

A celeuma em torno o conceito jurídico de autorização administrativa, com o advento da previsão constitucional, foi debatido de maneira geral pela doutrina como forma imprópria de outorga de prestação de serviços; contudo, após a edição da Lei n.º 9.472/1997 (LGT), tornou-se mais sinuosa. Explica-se.

De início, cumpre esclarecer que os serviços de telecomunicações podem ser qualificados como serviços públicos, em decorrência mesmo da dicção constitucional, que dispõe expressamente ser incumbência da União prestá-los de forma direta, ou indiretamente através da outorga de seu direito de prestação. Portanto, cabe à União prestar o serviço sob regime de direito público⁶. O fato de a União optar por prestar o serviço

6 “[...] serviço público, do ponto de vista jurídico, é aquele que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios. [...] Serviço público ante o Direito não é, pois, uma qualidade da própria atividade; apenas decorre do regime normativo, conquanto seja certo que este lhe é atribuído, como regra quase que geral, ante o reconhecimento de que se trata de uma realidade socialmente identificada como relevante e cujo bom cumprimento demanda que seja assumida pelo Estado como pertinente a si próprio”. (BANDEIRA DE MELLO, 2017. p. 63).

de forma indireta não derroga o regime jurídico especial, ao menos não em sua totalidade. Haverá sempre a primazia do regime de direito público.

No entanto, a título de regulamentação, a LGT definiu os serviços de telecomunicações como sendo o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação (artigo 60), classificando-os sob duas espécies, prevendo-se dois regimes de prestação, a saber: (i) os serviços de interesse coletivo – serviço público de telefone fixo comutado – a ser prestado, exclusivamente, sob o regime de direito público, mediante concessão ou permissão, devendo a União garantir-lhe a existência, universalização e continuidade, sendo vedada a sua prestação em regime de direito privado (artigos 63, § Único; 64; 65, § Único); (ii) serviços de interesse restrito – demais serviços que não o de telefone fixo comutado, os quais serão condicionados a fim de que não prejudiquem o interesse coletivo e prestados sob regime de direito privado ou, concomitantemente, em regime público ou privado (artigos 62; 63; 65, inc. II e III; 67).

Percebe-se que a LGT adotou a concepção de serviço de interesse restrito, que, nada mais é senão atividade econômica em sentido estrito, porquanto há previsão expressa de que tais serviços se submetem aos princípios constitucionais da atividade econômica⁷, ou seja: aqueles elencados no artigo 170 da C.R., entre eles, o da livre concorrência e a defesa do consumidor (incisos IV e V). Nesta hipótese, garante-se, inclusive, o seu livre exercício, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (§ Único do art. 170). Desta forma, não se compatibilizaria com o regime constitucional a lei impor aos particulares, no livre exercício do serviço de interesse restrito, a exigência de prévia autorização, na acepção originária do termo, para o exercício desta atividade legalmente qualificada como econômica, a ser prestada sob o regime privado.

Qual seria, então, o instrumento adequado? A respeito da questão, cumpre trazer à baila os esclarecimentos de Márcio Cammarosano, um dos juristas que, ao lado de Carlos Ari Sunfeld e Roseléa Folgosi, no âmbito

7 Artigo 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da ordem econômica. Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir: I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade; II - a competição livre, ampla e justa; III - o respeito aos direitos dos usuários; IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público; V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços; VI - a isonomia de tratamento às prestadoras; VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências; VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes; IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor; X - a permanente fiscalização.

do Ministério das Telecomunicações, elaborou o anteprojeto que resultou na referida lei. Segundo o jurista, restou estabelecido que haveria no campo das telecomunicações algumas atividades reputadas como privadas, sem que tal fato implicasse em desinteresse do Estado, defendendo-se a instituição de uma política governamental para o setor privado, sendo coerentes com a natureza privada do serviço as seguintes interferências estatais: “a exigência de obtenção de licença para o início das operações; a imposição de regras mínimas de execução dos serviços; a fiscalização do respeito a essas regras; a coibição do aumento arbitrário dos lucros; coibição da concentração estatal”. (SUNDFELD, CAMMAROSANO, FOLGOSI, 1997, p. 10)

E uma vez estabelecido que os serviços seriam prestados sob o regime de direito público e de direito privado, resta que:

a exploração de algum serviço sob regime jurídico de direito privado significa que não é da titularidade do Estado, embora sujeita à disciplina jurídico-normativa estabelecida pelo Estado. Então aí não tem que haver outorga, mas expedição de ato administrativo de licença, desde que preenchidos os requisitos legais. [...]. Ficou: licença para serviços de telecomunicação será objeto de licença, que para ser expedida depende do atendimento dos requisitos legais: ato administrativo vinculado... ato administrativo vinculado. Coloquei assim mesmo: ato administrativo vinculado, licença (CAMMAROSANO, 2017, p. 359).

No decorrer dos trabalhos, contudo, houve a determinação de que a expressão autorização fosse utilizada no lugar de licença, vez que há menção ao instituto no artigo 21, XI e XII da C.R. Para Márcio Cammarosano (2017, p. 360), a inserção de autorização no lugar de licença seria incompatível, vez que o posicionamento do jurista é no sentido de que, em se tratando de serviço público, a outorga será efetivada por meio de concessão ou permissão; em relação aos serviços de interesse restrito, por se tratarem de serviços em regime privado, adequado é o uso da licença.⁸

Assim é que a autorização administrativa no contexto da LGT é definida como se licença fosse, consoante se depreende do quanto disposto no artigo 131, § 1º: “Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de

8 “Essa é a história da autorização de serviço de telecomunicação sob regime de direito privado, que nunca foi concebido pelos autores do anteprojeto como instrumento de outorga. Telefonia fixa, sim, obrigatoriamente no regime público. Quanto às outras modalidades de serviço, outorga de licença, como atividade econômica em sentido estrito, sob regime de direito privado” (CAMMAROSANO, p. 360).

modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”⁹. Boa parte dos administrativistas compreenderam que na LGT o vocábulo autorização fora utilizado indevidamente no lugar de licença, como por exemplo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 138-142).

Passou-se, assim, a defender a ideia de que a autorização administrativa, prevista no diploma, é ato vinculado, e teve por escopo por viabilizar a prestação de serviços de telecomunicações em regime privado. Em virtude desta norma legal, conceituar o instituto como ato discricionário e precário não seria mais adequado, porquanto no bojo da própria lei há hipótese de extinção da autorização por razões de interesse público, além de assegurar o direito à indenização prévia do autorizado via desapropriação, no caso de necessidade de paralisação imediata da exploração do serviço em regime privado, consoante o artigo 141 da LGT. Ainda segundo esta doutrina, a própria lei buscou atribuir maior segurança e estabilidades jurídicas ao instituto, enquanto instrumento de delegação de serviços públicos, vez que o texto legal admitira ser o instituto um ato vinculado, e não mais um ato unilateral e discricionário, em que o Poder Público delega a exploração do serviço público a título precário¹⁰.

Nesta linha de raciocínio, pontua Jacintho Arruda Câmara (2008, p. 625) que não há juízo de conveniência ou oportunidade na expedição de ato administrativo vinculado, sendo que, presentes as condições previstas nas normas, a consequência é concessão do ato de autorização administrativa.

De outro lado, há quem defenda que a Constituição da República deu certa margem de discricionariedade ao legislador em relação às atividades elencadas no art. 21, X a XII (dentre elas, os serviços de telecomunicações), de modo que pudessem enquadrá-las como serviços públicos ou atividades privadas de interesse públicos sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional, conforme defende Alexandre dos Santos Aragão (2007, p.227). Diante disso, algumas destas atividades não teriam sido apenas desestatizadas, mas sim privatizadas, passando à iniciativa privada e para a órbita do mercado, sujeitas somente à regulação.

9 Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 452) define a licença como sendo “ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. [...] Uma vez cumpridas as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daf seu caráter vinculado”.

10 Confira-se, a respeito: FREITAS, 2008. p. 311-334.

Em que pesem as opiniões divergentes, parece-nos incontestável admitir a possibilidade de a autorização ser utilizada para fins de delegação dos serviços de telecomunicações, de competência da União. Embora a orientação inicial para a elaboração da LGT tenha sido licenciar os serviços de telecomunicações de interesse restrito, a doutrina passou a defender a autorização como ato vinculado para delegação de tais serviços, ou então, de que há desestatização destes, sujeitando-os a um regime autorizativo. Apenas saliente-se que não se trata propriamente de uma inovação, vez que tal modalidade é admitida em todos os textos constitucionais, desde 1934.

De toda, forma, a problemática não se resolve, podendo inclusive se aprofundar, sobretudo quando se observa o desenvolvimento legislativo em relação às autorizações no setor¹¹.

4 PERSPECTIVAS PARA UMA ACEPÇÃO DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

À toda evidência que o tema autorização administrativa reveste-se de complexidade, sendo que não cabe no bojo deste artigo solucionar todos os problemas levantados pela doutrina, e muito menos estabelecer qual seria a forma correta de se definir o instituto. Contudo, é possível estabelecer um ponto de partida, e dele desenvolver alguns aspectos para fins de se perscrutar a evolução da autorização administrativa, sob a ótica de natureza jurídica do instituto e o regime jurídico aplicável.

Admite-se que a autorização é também instrumento de delegação de serviços, que as normas constitucionais optaram por declarar como de competência da União, cuja prestação pode se dar por forma direta ou indireta, tal como tem constado desde a Carta de 1934. Assim se admitindo, certo é que o instituto se afigura como uma das formas de prestação indireta de serviços de telecomunicações.

Partindo-se das lições de Hely Lopes Meirelles, pode-se conceituar autorização administrativa dentre os atos administrativos negociais, discricionário e precário, que, em síntese, encerram conteúdo negocial,

11 Neste diapasão, cumpre esclarecer que tramita perante o Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara n.º 79/2016, que propõe a alteração da LGT, permitindo àqueles concessionários dos serviços legalmente descritos como de interesse público, sua prestação por meio de autorização, além de dispor sobre direito de exploração de satélite brasileiro ou estrangeiro, hoje regulamentado pela Resolução n.º 220/2000 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). De forma geral, o que se pretende com as alterações é adaptar a modalidade de outorga dos serviços de telecomunicações de concessão para a autorização, cuja competência para a deliberação dos pedidos será da ANATEL.

de interesse recíproco para os administrativos e para a Administração Pública. Tais atos, em suas palavras, são capazes de gerar direitos e obrigações para as partes, sujeitando o particular aos pressupostos do ato. E, em relação à sua extinção, tem-se que sua revogação se dará sempre que sobrevier interesse público. Contudo, não há que se falar em direito subjetivo à obtenção ou continuidade da autorização, não sendo admitida indenização. (MEIRELLES, 2006, p. 186-188).

Diogo Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 479-480) situa a autorização administrativa como uma forma de prestação indireta unilateral de serviços públicos:

[...] em que a competência para a execução do serviço público é atribuída por delegação unilateral do Poder Público a pessoas de direito privado, que são particulares habilitados através de diversas modalidades de atos administrativos receptícios, devendo ser executadas em condições uniformes e unilateralmente impostas. [...] é certo que qualquer legislador de qualquer nível político igualmente poderá optar pela instituição desta modalidade de outorga unilateral e precária da execução de serviços públicos, a quem quer que se disponha a prestá-los, sempre em termos e condições uniformes e precariamente, sem qualquer garantia de estabilidade contratual, desde que, para tanto, o particular se habilite regulamente, inclusive, se o caso, em processo licitatório.

De outro lado, sob o aspecto de sua natureza jurídica, acolhe-se o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que a autorização administrativa se insere na categoria de atos negociais. E isto implica reconhecer a peculiaridade deste ato que cria o vínculo entre o autorizatário e a Administração Pública, ao mesmo tempo em que suas premissas, conteúdo e efeitos equivalem a negócios jurídicos, conforme bem apontou Egon Bockmann Moreira (2017, p. 368).

Dada esta peculiaridade dos atos negociais, pode-se admitir que estes geram direitos, obrigações e encargos recíprocos, embora não seja contrato; além disto, na hipótese extinção de tais atos, revela-se a imperiosa necessidade do dever de motivar, em procedimento administrativo instaurado para tal finalidade. Sob este aspecto, quer seja, da autorização administrativa compreendida como ato que celebra negócios jurídico-administrativos (MOREIRA, 2017, p. 369-370), como no caso do setor de telecomunicações, muitas das problemáticas levantadas poder-se-ão serem resolvidas, tais como a questão da indenização, no caso de extinção ou revogação do ato, bem como no aspecto de sua discricionariedade. Sendo assim, reconhece-se

que os autorizatários são investidos de obrigações, direitos e garantias em decorrência mesmo do ato negocial que, conforme pontua Juarez Freitas (2008), nos limites do pacto, criam halo de relativa inviolabilidade em torno das cláusulas essenciais viabilizadoras do empreendimento:

[...] Por tudo, já não se deve sustentar a possibilidade de revogação puramente discricionária da autorização, faculdade cada vez mais criticável em todas as esferas do Direito Administrativo. Ou seja, não se deve simplesmente dizer que as autorizações administrativas são revogáveis sumariamente, sem direito à indenização. (FREITAS, 2008, p. 322-323)

Portanto, reconhecer a melhor doutrina de Hely Lopes Meirelles, que propugna ser a autorização administrativa um ato negocial, implica, à luz do regime jurídico administrativo imposto pela Constituição da República, aventar a possibilidade de que o ato não se reveste de total discricionariedade, precariedade, podendo-se aventar, inclusive, em indenização no caso de revogação que fira direitos subjetivos insertos em cláusulas essenciais do ato autorizatário.

5 CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado, a teoria da autorização administrativa é fruto de comentários de Cortes de Cassação da Bélgica e da França, tendo sido posteriormente desenvolvida na Itália, e posteriormente adotada pela doutrina no Brasil, donde se verifica que o instituto possui status constitucional desde a Constituição de 1934, onde já se encontrava prevista, ao lado da concessão, como instrumento de outorga de prestação de serviços públicos considerados como de interesse estratégico para o Estado.

Em decorrência da larga extensão semântica do vocábulo autorização e de sua utilização em sentido amplíssimo, impreciso e variado a doutrina brasileira empenhou-se em conferir-lhe uma definição inequívoca, de forma a delinear seu conteúdo e delimitar a autorização administrativa em um domínio particular da ação administrativa, quer seja, ato administrativo unilateral, de caráter discricionário, e, portanto, precário, expedido para fins de que um particular exerça atividades materiais, sendo admitidas em duas modalidades: simples, quando expedida por prazo indeterminado; e qualificada, quando por prazo indeterminado.

A partir da Constituição de 1988, verificou-se uma dissonância doutrinária, haja vista a inicial resistência em admitir a autorização

administrativa como uma das formas de outorgas de direitos para a prestação de serviços públicos a particulares; contudo, diante da nova realidade imposta pelo regime jurídico administrativo constitucional, administrativistas de escol passaram a admitir a autorização administrativa para esta finalidade, ainda que imprópria, mantendo-se sua natureza de ato unilateral, precário e discricionário.

Com a edição da Lei Geral de Comunicações (LGT), as discussões se aprofundaram e adquiriram novos contornos. O art. 131, §1º da LGT definiu legalmente a autorização administrativa como ato vinculado, expedido para fins de facultar a particulares a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado, após preenchidas as condições objetivas. Esta definição corresponderia, doutrinariamente, a licença, o que seria, então, uma incoerência.

No entanto, a doutrina brasileira houve por desenvolver a teoria da autorização administrativa, a partir da previsão constante na LGT, defendendo ser instituto ato administrativo vinculado, não se podendo mais falar em precariedade e discricionariedade, mormente por esta modalidade de serviços de telecomunicações exigir grandes investimentos por parte dos particulares autorizados.

A fim de solucionar tal problemática, demonstrou-se que é possível admitir a autorização administrativa com instituto inserto na categoria de atos negociais. Seja ato administrativo vinculado ou não, certo é que se cria vínculo entre o particular autorizado e a Administração Pública, de onde decorre que suas premissas, conteúdo e efeitos equivalem a negócios jurídicos, porquanto geram obrigações, direitos e encargos recíprocos – ainda que de natureza não contratual.

Colocando-se a autorização administrativa como ato negocial, interpretada a partir do regime jurídico administrativo imposto pela Constituição, ver-se-á que, sendo ato discricionário ou vinculado, não se pode mais admitir sua revogação sem o respeito ao devido processo legal, bem como à motivação – com a pertinência respectiva entre os motivos de fato e motivos legais. Ainda, é de se ter em conta que, sob a ótica constitucional, houve o devido alargamento do controle sobre o ato administrativo, ainda que comportando questões de mérito porque expedido no exercício de competências discricionárias, motivo bastante a obstar a livre revogação pela Administração Pública e assegurar indenização aos particulares, quando violados os pressupostos do vínculo estabelecido.

Neste aspecto, e diante da evolução que se verificou do instituto, possível é situar o instituto da autorização administrativa como ato administrativo negocial, cujos direitos dos particulares e prerrogativas da Administração Pública – porquanto voltadas às consecuições das finalidades públicas – encontram-se perfeitamente delineadas pelo regime jurídico administrativo imposto pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorização administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 311-334.

CAMMAROSANO, Márcio. Entrevista com Márcio Cammarosano, Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 03, ano 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 1-17, jan. 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Atos administrativos negociais. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (Org.). *Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 363-371.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do poder de polícia administrativa. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 311-334.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizada. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

NESTER, ALEXANDRE WAGNER. A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (org.). *Direito administrativo na atualidade*: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 108-128.

POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SAAD, Amauri. Autorização de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros de titularidade dos Estados: reflexões a partir da obra de Hely Lopes Meirelles. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (org.). *Direito administrativo na atualidade*: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 132-161.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMMAROSANO, Márcio; FOLGOSI, Rosoléa Miranda. Estudo para a nova lei geral de telecomunicações. *Informativo licitações e contratos*. Suplemento especial n. 01. Curitiba: Zênite, abr. 1997.

VAZ, Rogério Morina. *Autorização de polícia administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUC/SP, São Paulo, 2009.

