

REVISTA DA AGU

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO 30 ANOS

Vol. 22 n° 01 - Brasília-DF - jan/mar/2023

Qualis A2

ISSN-L 1981-2035

ISSN 2525328-x



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA
AGU
30 ANOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

volume 22 nº 01 - Brasília-DF, jan/mar/2023

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

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 22	nº 01	p. 1-224	jan/mar/ 2023
----------------	----------	--------------	-------	-------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior 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.
e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araujo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugenio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
Andre Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heraclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Diretora em exercício da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Diretora em exercício
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Allan Tavares	Coordenador de Pesquisa, Publicações e Avaliações

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

Capa: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

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 Superior 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 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

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

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITORA-CHEFE

ANDREA MARIA NOGUEIRA CAJUEIRO ZANON
Diretora em exercício da Escola da AGU

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO
Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
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. Advogado da União

EDITOR-ASSISTENTE

ALLAN TAVARES
Coordenador de Pesquisa, Publicações e Avaliação

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

ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES - JUSTIÇA FEDERAL DE SANTA CATARINA - SC

Doutora e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Analista Judiciário na Justiça Federal de Santa Catarina.

CESAR RIBOLI - UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES – 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. Graduado em Direito, em Administração e em Ciências Contábeis. Professor de Direito Administrativo, Direito Tributário e Prática Fiscal. Advogado

CLARISSA BUENO WANDSCHEER – UNIVERSIDADE POSITIVO - PR

Doutora e mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora dos Programas de Pós-graduação em Direito (PPGD) e em Gestão Ambiental (PPGAmb) da Universidade Positivo, integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social (CPJUS).

DANIEL GUSTAVO FALCÃO PIMENTEL DOS REIS - INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP - DF

Doutor e Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato sensu do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado e Cientista Social. Controlador Geral do Município de São Paulo.

ELIDA DE CÁSSIA MAMEDE DA COSTA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ - TJ-PA.

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGPA). Professora Universitária, na Faculdade Integrada Brasil Amazônia e Escola Superior Madre Celeste. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Pará - TJ-PA.

FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI - UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS – UEMG - MG

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália.

GABRIELLE JACOBI KÖLLING - UNIVERSIDADE MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL - SP

Doutora e mestre em Direito Público. Especialista em Direito Sanitário. Professora do Mestrado Profissional em Direito do CERS - Complexo Educacional Renato Saraiva.

ICARO DEMARCHI ARAUJO LEITE - CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONOMICO E SOCIAL - CEDES - SP

Doutor e mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Coordenador Acadêmico dos cursos de Direito e Relações Internacionais do IBMEC em São Paulo. Professor fundador do Curso de Mestrado Profissional do Cedes.

JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA - UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA, UEPB. 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 Associado da Universidade Federal de Campina Grande

LEANDRO FERREIRA BERNARDO - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU - PR

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR. Professor. Procurador Federal

LEVI HULSE - UNIVERSIDADE DO ALTO VALE DO RIO DO PEIXE – UNIARP - SC

Doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI – SC. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito. Professor na pós-graduação lato sensu. Professor titular nos Mestrados em Desenvolvimento e Sociedade PPGDS-UNIARP e no Mestrado em Educação Básica PPGEB-UNIARP. Coordenador do Mestrado em Desenvolvimento e Sociedade. Editor-chefe da EDIUNIARP -Editora da UNIARP. Editor-chefe da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP.

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC - SC

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

NEURO JOSÉ ZAMBAM - UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE, MACKENZIE - RS

Estágio de Pós-Doutorado na Università Mediterranea di Reggio Calabria - IT. Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - BR. Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da AITUS EDUCAÇÃO e docente da graduação em Direito e Psicologia da AITUS EDUCAÇÃO.

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA - FACULDADE DE TECNOLOGIA DE CURITIBA - FATEC - PR

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil. Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

THAIS BERNARDES MAGANHINI - UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR - RO

Doutora em Direito Difuso e Coletivo pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Professora do Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - PPG/UNIR.

WAGNER WILSON DEIRÓ GUNDIM - PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP-SP

Pós Doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research (Dipartimento DiGiES Università Mediterranea di Reggio Calabria), com bolsa integral. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Sócio Fundador do Gundim Ganzella Advogados.

AUTORES

ALYRE MARQUES PINTO

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direito do Saneamento pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ICJP/FD.ULISBOA). Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Católica Dom Bosco em convênio com o Instituto Nacional de Pós-Graduação (UCDB/INPG). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU).

ANA PAULA CORDEIRO KRUG

Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação UNISC. Professora de Processo Penal e Prática Jurídica na UNISC e Processo Penal na UNIVATES, Curso de Direito. Advogada Criminalista.

ARTHUR MARQUES TEIXEIRA

Pós-graduando em Direito Imobiliário, Urbanístico, Notarial e Registral pela Universidade de Santa Cruz – UNISC. Escrevente no Registro de Imóveis de Santa Maria/RS.

AURÉLIO PASSOS SILVA

Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado Regional do Estado em Uberlândia. Professor efetivo de Direito Administrativo na Universidade do Estado de Minas Gerais.

CRISTIANO DE OLIVEIRA

Especialização em Direito Constitucional e Administrativo. Especialização em Direito Imobiliário Aplicado. Especialização em Direito Processual Civil. Especialização em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados. Especialização em Direito e Processo Tributário. Advogado e consultor jurídico. Membro Efetivo da Comissão de Direitos das Pessoas com Deficiência - OAB/SP.

DANTE AGUIAR PARENTE

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). Procurador Federal na

Procuradoria Geral Federal, com atuação na área de Direito Administrativo e Regulatório.

FILIPE CORTES DE MENEZES

Doutorando e Mestre em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Público na Universidade Norte do Paraná. Procurador Municipal e membro da Comissão de Estudos constitucionais OAB-SE.

GASTÃO MARQUES FRANCO

Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Advogado, sócio proprietário de Gastão Franco Advogados. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas.

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC-Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT); Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPS). Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Concretização de Políticas Públicas.

IRAPUÃ GONÇALVES DE LIMA BELTRÃO

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Master of Law - University of Connecticut. Especialização em Direito Econômico pela FGV) e em Direito do Estado pela UERJ. Professor dos cursos de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, do Ibmecc Rio, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, da Fundação Getúlio Vargas - FGV, da Universidade Estácio de Sá e da Escola Nacional de Seguros. Procurador Federal.

JAMES VIEIRA

Doutor em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Estágio pós-

doutoral no Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa. Mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em políticas públicas na Hertie School of Governance (Alemanha), Economia e Gestão Governamental na Università Commerciale Luigi Bocconi (Itália). Professor do Departamento de Gestão Pública da Universidade Federal da Paraíba.

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA

Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

LÍDIA MARIA RIBAS

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS.

MATEUS LEVI FONTES SANTOS

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Constitucional (Faculdade Damásio de Jesus) e em Direito Tributário (IBET). Advogado da União.

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade de Buenos Aires. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Titular da Quarta Câmara Criminal.

SANDRO LÚCIO DEZAN

Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

VALDEZ ADRIANI FARIAS

Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, foi Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Inbra e atualmente é Chefe da Procuradoria Regional da PFE/Inbra em Santa Catarina. É Procurador Federal.

ZENILDO BODNAR

Pós-Doutor em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutor em Direito Ambiental pela Universidad de Alicante - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestre em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Foi Juiz Federal e atualmente é Registrador de Imóveis.

SUMÁRIO

EDITORIAL	13
ARTIGOS	
Regulação do Mercado como Instrumento de Desenvolvimento Socioeconômico no Brasil <i>Market Regulation as a Socio-Economic Development Instrument in Brazil</i> Jeferson Sousa Oliveira Cristiano de Oliveira	15
A Aplicação da Súmula 377 do STF Nos Dias Atuais: Necessidade de Comprovação do Esforço Comum <i>The Application of STF's Precedent 377 on Current Days: The necessity of Comprovation About the Common Effort</i> Gastão Marques Franco Aurélio Passos Silva	31
Desafio da Democracia Representativa e Fragilidade das Instituições <i>Challenge of Representative Democracy and Fragility of Institutions</i> Ana Paula Cordeiro Krug Rogério Gesta Leal	53
Regularização Fundiária de Bens Públicos Urbanos: Dificuldades, Garantias e Destinação Social dos Bens Imóveis da União <i>Land Regularization of Public Urban Properties: Difficulties, Guarantees and Social Destination of the Union's Real Estate</i> Zenildo Bodnar Arthur Marques Teixeira Valdez Adriani Farias	71
Contrato de Seguro, Regulação e Intervenção nas Condições Contratuais <i>Insurance Market, Regulation and Contractual Conditions Intervention</i> Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão	95
Estado Constitucional de Direito e Coerção: A Irretroatividade da Lei no Direito Administrativo Sancionador <i>Constitutional State of Law and Coercion: The Irretroactivity of the Law in the Sanctioning Administrative Law</i> Sandro Lúcio Dezan Dante Aguiar Parente	119

Policy Rulemaking Process Within the Executive Branch of
Government: An Analysis of the Brazilian Presidential Decrees
*O Processo de Construção Jurídica das Políticas Públicas Dentro do
Poder Executivo: Uma Análise dos Decretos Presidenciais Brasileiros*
James Vieira..... 149

Deliberação Versus Concentração: A Construção de Pautas do
Congresso Nacional e a PEC dos Procuradores Municipais
*Deliberation Versus Concentration: The Construction of the
Congress Agenda and the PEC of the Public County Attorneys*
Henrique Ribeiro Cardoso
Filipe Cortes de Menezes
Mateus Levi Fontes Santos 175

O Direito Humano à Água e ao Saneamento sob a Perspectiva do
Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle
*The Human Right to Water and Sanitation from the Perspective of
Peter Häberle's Cooperative Constitutional State*
Alyre Marques Pinto
Lidia Maria Ribas 197

EDITORIAL

Prezado leitor,

Neste ano de 2023, a Advocacia-Geral da União completa 30 anos de existência. Ao longo dessas 3 décadas, a AGU passou por profundas transformações, sempre em busca de aprimorar o desempenho de suas atribuições institucionais e de contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito constituído pela Carta de 1988. Hoje, podemos atestar o amplo reconhecimento da AGU como instituição que proporciona soluções seguras, efetivas e inovadoras para a proteção jurídica do Estado brasileiro, em benefício de toda a sociedade. Ao tempo que celebra esse importante marco, a Escola Superior da AGU reafirma seu compromisso de promover e disseminar a educação para a segurança jurídica do Estado brasileiro, missão institucional que envolve a divulgação do conhecimento científico relacionado à Advocacia Pública por meio da Revista da AGU.

No presente número, referente ao 1º trimestre do ano de 2023, a Revista da AGU contempla artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em consonância com as normas editoriais adotadas pelo periódico.

No primeiro deles, Alyre Pinto e Lídia Ribas sustentam, a partir do modelo de Estado Constitucional Cooperativo proposto por Peter Häberle, a imprescindibilidade da cooperação internacional entre os diversos países para a efetividade dos direitos humanos à água e ao saneamento.

Ana Paula Krug e Rogério Leal dissertam sobre os desafios enfrentados pelo regime da democracia representativa diante de um cenário de desconfiança em relação às instituições democráticas, marcado pelo fenômeno da corrupção que atinge o setor público.

Arthur Teixeira, Valdez Farias e Zenildo Bodnar investigam em que medida a regularização fundiária de bens públicos constitui instrumento hábil de governança para garantir o direito à moradia digna e o desenvolvimento urbano sustentável no contexto complexo de vulnerabilidade urbana.

Gastão Franco e Aurélio Silva examinam a aplicabilidade da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal às controvérsias atuais

sobre a comunicação de bens adquiridos na constância de casamentos submetidos ao regime da separação obrigatória.

Partindo das concepções de deliberação qualitativa e de democracia deliberativa apresentadas, respectivamente, por James Fishkin e Jürgen Habermas, os autores Henrique Cardoso, Filipe Menezes e Mateus Santos criticam a concentração de atribuições decisórias na Presidência e no Colégio de Líderes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Com foco na atividade regulatória exercida sobre as relações securitárias, o trabalho de Irapuã Beltrão aborda as modificações observadas nas condições de contratação a partir da crise do modelo de Estado liberal clássico e do surgimento de diversos instrumentos de intervenção pública na esfera privada.

Em pesquisa que combina informações obtidas por meio de entrevistas realizadas com autoridades públicas e da análise de 128 decretos editados entre 2009 e 2018, James Vieira avalia o processo de construção jurídica das políticas públicas no âmbito do Poder Executivo brasileiro, constatando a reduzida conformidade dos atos presidenciais analisados com as melhores práticas regulatórias.

Jeferson Oliveira e Cristiano de Oliveira debatem sobre a importância da atividade regulatória para o desenvolvimento socioeconômico nacional e os riscos de captura do poder político pelo poder econômico, o que pode comprometer a concretização do objetivo constitucional de promover o bem-estar e a justiça sociais.

Por fim, Sandro Dezan e Dante Parente averiguam os limites e as condições para a incidência do princípio da aplicação retroativa da lei mais benéfica no âmbito do direito administrativo sancionador.

A Escola Superior 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
Coordenador-Geral de Gestão de Pós-graduação da
Escola Superior da AGU

RECEBIDO EM: 26/12/2018
APROVADO EM: 17/04/2019

REGULAÇÃO DO MERCADO COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL

*MARKET REGULATION AS A SOCIO-ECONOMIC
DEVELOPMENT INSTRUMENT IN BRAZIL*

*Jeferson Sousa Oliveira¹
Cristiano de Oliveira²*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado e a economia nos últimos séculos. 3. Empresas transnacionais, mercado e o Estado moderno. 4. Regulação e desenvolvimento socioeconômico no Brasil através do mercado. 5. Conclusão. Referências.

-
1. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.
 2. Especialização em Direito Constitucional e Administrativo. Especialização em Direito Imobiliário Aplicado. Especialização em Direito Processual Civil. Especialização em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados. Especialização em Direito e Processo Tributário. Advogado e consultor jurídico. Membro Efetivo da Comissão de Direitos das Pessoas com Deficiência - OAB/SP.

RESUMO: A atividade regulatória tem ganhado cada vez mais importância no mercado moderno, notadamente para evitar a exploração de suas falhas e o abuso do poder econômico. No entanto o poder econômico da iniciativa privada tem, por vezes, exercido forte influência sobre a política estatal, conquistando benesses capazes de desfavorecer o mercado, comprometer o desenvolvimento nacional e o bem estar social. Assim, objetiva-se demonstrar a importância da atividade regulatória para o desenvolvimento socioeconômico nacional. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, valendo-se ainda de análise bibliográfica a respeito da problemática ora proposta. Ao final conclui-se que um dos grandes problemas enfrentados pela atividade regulatória é a captura do poder político através do poder econômico, o que fragiliza o mercado e sobrepe os interesses privados àqueles públicos e sociais, comprometendo o pleno desenvolvimento nacional. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico. Regulação. Poder Econômico. Mercado. Desenvolvimento.

ABSTRACT: Regulatory activity has gained increasing importance in the modern market, notably in order to avoid the exploitation of its failures and the abuse of economic power. Nevertheless the economic power of the private initiative has sometimes exerted a strong influence on the state politics, conquering benefits capable of disfavoring the market and jeopardize the national development as well as the social welfare. Thus, it aims to demonstrate the importance of regulatory activity for national socioeconomic development. To do so, the hypothetical-deductive method is used, using bibliographical analysis regarding the problem proposed here. In the end, it is concluded that one of the major problems faced by regulatory activity is the capture of political power through economic power, which weakens the market and overrides private interests with the public and social, compromising the full national development. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

KEYWORDS: Economic Law. Regulation. Economic Power. Marketplace. Development.

INTRODUÇÃO

As relações de mercado sempre se fizeram presentes na história humana, ganhando gradativamente maior importância com o passar dos séculos, sendo alvo de diversos estudos e discussões a fim de moldar-se conforme os interesses de cada época.

Ao longo dos anos, o liberalismo econômico idealizado por Adam Smith, ainda na Era clássica da economia, cedeu espaço para novas teorias, como a keynesiana, o que incitou o Estado a intervir no mercado de forma direta e indireta, visando coibir práticas capazes de impedir o seu correto funcionamento.

Ainda que o neoliberalismo tenha se tornado o principal modelo econômico no mundo moderno, ele apresenta certas falhas, as quais são exploradas pelos agentes econômicos, afetando reflexamente à sociedade e comprometendo o potencial de desenvolvimento nacional esperado das relações de mercado.

Assim, destaca-se o papel do Estado brasileiro enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo ter como um de seus objetivos assegurar a todos existência digna, e para isso, a regulação do mercado se faz um importante instrumento, principalmente por se tratar de um sistema econômico marcado pela livre iniciativa e livre concorrência, mas eivado de características sociais e humanistas.

Ocorre que um dos grandes problemas enfrentados pela atividade regulatória é a captura do poder político pertencente ao Estado através do poder econômico empresarial, fazendo com que a iniciativa privada conquiste benesses que, por vezes, são capazes de comprometer o desenvolvimento regular das relações econômicas, o desenvolvimento nacional e o bem estar social.

Destarte, o presente trabalho visa abordar a importância da atividade regulatória para o desenvolvimento socioeconômico nacional a partir das relações de mercado. Para tanto, vale-se do método hipotético-dedutivo, bem como de análise bibliográfica a respeito do tema ora proposto, tomando como marco teórico a obra de Joseph E. Stiglitz e de Calixto Salomão Filho.

2. O ESTADO E A ECONOMIA NOS ÚLTIMOS SÉCULOS

Ao longo da história humana, o mercado exerceu um papel de significativa importância, sendo capaz de ditar os rumos das relações modernas,

intensificando-as ao ponto de globalizá-las. Todo esse processo ensejou diversas mudanças na forma e na intensidade com a qual o Estado interveio nas relações econômicas, adequando-se às necessidades de cada época.

Ainda nos primórdios do estudo econômico, antecedendo a Era clássica e seus renomados teóricos, como Adam Smith, o mercantilismo desponta como a primeira escola econômica, ainda no século XVI. Tal escola, embora carente do tecnicismo moderno, já demonstrava sua preocupação com o acúmulo de riquezas nas nações, o que pode ser vislumbrado especialmente ao se considerar o entesouramento das riquezas auferidas e o fomento do comércio exterior. Sob a óptica dessa escola, o poder de uma nação estaria diretamente relacionado à quantidade de metais preciosos que ela possuísse, o que incitou diversas guerras e manteve o Estado presente em assuntos de cunho econômico. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008)

Adam Smith, com sua principal obra, *A riqueza das nações*, publicada em 1776, emergiu como o principal teórico da Era clássica da ciência econômica, pois até então, “[...] a atividade econômica do homem era tratada e estudada como parte integrante da Filosofia Social, da Moral e da Ética.” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 17)

Na referida obra, Adam Smith (2015) defende o afastamento do Estado no que toca à sua intervenção no mercado, vez que o mesmo seria capaz de se autorregular, promovendo assim, o desenvolvimento econômico social e nacional.³

Quando da aplicação da economia de mercado, muitos países tiveram suas sociedades imersas a uma severa concentração de renda, ensejando discrepâncias econômicas entre aqueles que detinham a propriedade dos meios de produção e aqueles que vendiam sua força laboral.

Dentre os diversos teóricos clássicos e suas importantes visões sobre o mercado e o papel do Estado na economia, vale destacar John Stuart Mill, o qual foi responsável por sintetizar os principais pensamentos de sua época, indo além e melhor definindo os elementos que compõem da economia de mercado, razão pela qual sua obra *Principles of Political Economy*, publicada em 1885, “[...] foi o principal texto utilizado para o

3 Destaca-se que para Bernard Mandeville (1670-1733), a ética e a economia estariam completamente separadas, razão pela qual a atividade econômica seria regida pelas leis da natureza, e não por ideais ou princípios, “[...] os quais, quando transformados em política econômica, engendram a pobreza e não a riqueza das nações.” (COMPARATO, 2014, p. 49)

ensino de Economia no fim do período clássico e no início do período neoclássico.” (VASCONCELLLOS; GARCIA, 2008, p. 21)

Já a Era neoclássica da economia mundial teve John Maynard Keynes como o seu principal expoente, marcando-a em 1936 com a publicação de sua obra *Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda*.

Em meio aos reflexos da crise econômica mundial vivenciada à época, decorrente da chamada Grande Depressão, ocorrida anos antes, Keynes inova ao apontar possíveis soluções para a recessão enfrentada pelo mercado, almejando assim reduzir os males trazidos pelo liberalismo econômico.

A doutrina keynesiana defendia certo dirigismo do mercado pelo Estado, de modo que fosse possível utilizá-lo como instrumento para o atingimento de seus objetivos, inclusive a promoção do bem estar social.

Entretanto, Calixto Salomão Filho (2008, p. 38) destaca que a teoria neoclássica se mostrou imperfeita teoricamente e ineficaz no campo prático, pois se pautava em premissas que inexistem na realidade, tal como o mercado em perfeita situação concorrencial e a incapacidade do referido modelo econômico em reduzir as discrepâncias econômicas perpetradas pelo capitalismo liberal.

Ainda assim, a partir de então, o neoliberalismo passou a ser o modelo econômico mais utilizado pelos Estados modernos, o que não impediu que muitos países adotassem um posicionamento ativo na promoção do bem estar social frente às mazelas trazidas pelo mercado.

Tal qual o México e o Brasil, muitos Estados demonstram sua preocupação em conciliar a promoção da dignidade humana enquanto buscam o desenvolvimento econômico, o que ensejou o surgimento de uma gama de princípios observados no âmbito teórico-normativo, mas olvidados quando da tomada de decisões de cunho político.

Isso pode ser notado com maior clareza após o advento da globalização na década de 1990, com o despontar das relações entre o Estado e as empresas transnacionais, levando o mercado a um novo patamar, criando tendências internacionais e despertando interesses comuns.

Ocorre que a globalização econômica gerou efeitos não apenas no cenário internacional, mas principalmente no mercado interno, afetando

negativamente toda a sociedade, ainda que despropositadamente, o que reascendeu o interesse coletivo quanto à adoção de um viés social na tomada de decisões políticas, regulatórias e concorrenciais.

Com isso, tornou-se perceptível que a evolução do pensamento econômico nos últimos séculos ensejou consideráveis variações na maneira e no grau com o qual o Poder Público interveio na economia⁴.

No mais, como destacado, ante o advento da teoria de Keynes, passou-se a acreditar que a intervenção do Estado no mercado é um elemento essencial para a consecução dos objetivos estatais, bem como para a promoção do bem estar de sua população. Desde então, gradativamente tem-se questionado o papel da regulação do mercado, seus limites e seus fins.

Não demorou até que as indagações a respeito da regulação se intensificassem, passando-se a considerar também à maneira como as empresas transnacionais têm buscado intervir nessa atividade, almejando sobrepor seus interesses aos do Estado.

2. EMPRESAS TRANSNACIONAIS, MERCADO E O ESTADO MODERNO

A relação existente entre as empresas transnacionais, o mercado e o Estado pode ser analisada sobre diversos aspectos, dentre eles, sob um viés microeconômico. Tal enfoque demonstra sua importância quando se tem que a microeconomia “[...] representa uma ferramenta útil para estabelecer políticas e estratégias, dentro de um horizonte de planejamento, tanto para empresas como para políticas econômicas.” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 40)

A iniciativa privada, por meio de uma análise da microeconomia do mercado, pode definir suas estratégias negociais e de propaganda, bem como estimar o lucro esperado e eventuais variações na política setorial adotada pelo Poder Público. Por outro lado, o Estado depende do estudo microeconômico para melhor administrar seus investimentos, estabelecer sua política tributária, regulatória e concorrencial. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008)

4. Embora haja críticas doutrinárias quanto ao uso do termo “intervenção” para se falar em atuação do Estado na economia (ARAGÃO, 2017), opta-se por adotar o referido termo ante a sua usualidade, tanto para versar sobre a atuação do Estado na economia quanto sobre a mesma.

No que toca às empresas transnacionais, é comum que as mesmas busquem se instalar em Estados não desenvolvidos, especialmente para conquistar influência política⁵, haja vista muitos países carecerem de transparência quanto aos atos de seus governantes, sequer detendo, por vezes, um sistema normativo consolidado.

Esse tipo de situação facilita também a conquista de influência sobre os rumos do mercado interno, pois não é incomum que as transnacionais se valham de atos de suborno e corrupção.

Na prática, as empresas de muitos setores industriais pagam subornos para obter todos os tipos de favores, tais como proteção da competitividade externa, permitindo-lhes elevar os preços, ou vista grossa para violações dos regulamentos ambientais ou de segurança. (STIGLITZ, 2017, p. 307)

Tal condição demonstra fraqueza por parte do Poder Público quanto ao controle dos rumos do mercado interno, curvando-se perante o capital, e concedendo a determinados grupos econômicos o controle, ainda que indireto, do mercado nacional.⁶

Embora muitas companhias atuem de maneira agressiva no mercado interno dos Estados não desenvolvidos, é importante destacar que “[...] o próprio mercado é uma criação do direito emanado do Estado.” (ARAGÃO, 2017, p. 30)

Deste modo, tem-se que a atuação da iniciativa privada no cenário econômico interno deve respeitar os limites impostos pelo Estado em nome do bem estar coletivo, especialmente pelo fato de o mercado demandar certa proteção do ente público para mantê-lo em regular funcionamento.

No entanto, toda a influência política que as companhias vêm conquistando ao longo das últimas décadas, principalmente nos Estados

5. A influência política a que se refere consubstancia-se em uma expressão do chamado poder político, o qual, segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 44) é um poder “[...] mais geral; é o poder que organiza ou permite que se organizem todos os outros poderes em determinada sociedade.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 44)

6. No mundo contemporâneo, titular do poder capitalista não é uma pessoa determinada, mas um conjunto de pessoas ou organizações. Nesse conjunto, podem-se distinguir os empresários propriamente ditos, ou seja, aqueles que detêm o comando de empresas, e aqueles que, não possuindo o comando direto de empresa alguma, são, não obstante, detentores de grandes recursos monetários de investimento ou financiamento, ou seja, os capitalistas, no sentido próprio do vocábulo.” (COMPARATO, 2014, p. 121)

não desenvolvidos, fez com que a atividade regulatória passasse a defender interesses privados, colocando os interesses sociais em um segundo plano.

Notadamente, esse tipo de cessão por parte do Estado é capaz de comprometer o desenvolvimento do mesmo, ensejando um lucro exorbitante às companhias e um prejuízo incomensurável à sociedade, o qual acaba por ser suportado pelo ente público.

Particularmente a idéia do desenvolvimento dependente associado, aplicada em países caracterizados por enorme concentração de poder econômico, leva a uma enorme capacidade de influência desse poder nas decisões sobre os rumos regulatórios. O decisionismo político associado ao poder econômico cria um enorme risco de captura das instâncias políticas e regulatórias pelo poder econômico. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 48)

Destarte, é possível compreender a fragilidade existente na seara regulatória de diversos Estados não desenvolvidos, especialmente ao se considerar a forte concentração do poder econômico em poucas empresas e a concentração de poder político em instituições governamentais corrompíveis.

Nessa linha, ao versar sobre as facilidades que as empresas encontraram para influenciar os governos a beneficiá-las, destaca Joseph E. Stiglitz (2017, p. 315) que “o dinheiro fala alto em todos os países, mas fala especialmente mais alto nos países em desenvolvimento.”

Ainda que essa forma de atuação seja considerada antiética por muitos, é inegável que a permanência no cenário econômico demanda certo grau de política (STIGLITZ, 2017), o que é notório pelo *lobby* exercido por diversas organizações empresariais em setores estratégicos.

Ao permitir que o capital influencie diretamente na tomada de decisões regulatórias e concorrenciais, o Estado sacrifica parte de seu propósito, vulnerando sua população aos interesses de grupos restritos, afastando os ideais protetivos em prol do individualismo que alimenta a atividade comercial.

Cabe esclarecer que mesmo havendo companhias se valendo de meios para influenciar o rumo das decisões regulatórias, isso não implica dizer que as mesmas são por si um problema social, pois muitas compreendem seu papel no cenário econômico, agindo da maneira socialmente esperada,

trazendo benefícios à coletividade, além de agirem como “agentes de transferência de tecnologia dos países industriais avançados para os países em desenvolvimento, ajudando a diminuir a diferença de conhecimento entre os dois grupos.” (STIGLITZ, 2017, p. 303-304)

O cerne dos questionamentos envolvendo o poder econômico⁷ se dá na maneira como ele é exercido, pois no mundo contemporâneo, esse poder se concentra em um conjunto de pessoas ou organizações, o qual estabelece uma relação de dominação sobre as médias e pequenas empresas, que passam a atuar em função das grandes organizações empresariais, guiando o mercado rumo ao monopólio ou oligopólio, perpetrando abusos, violando direitos e aprofundando a desigualdade social. (COMPARATO, 2014)

Desta forma, a regulação se mostra um instrumento de suma importância para a manutenção do equilíbrio no mercado interno, impedindo que as companhias explorem suas falhas e comprometam o bem estar social.

3. REGULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO NO BRASIL ATRAVÉS DO MERCADO

A regulação do mercado brasileiro se mostra um importante instrumento na defesa dos interesses públicos, principalmente daqueles de cunho social, ainda que sua primazia seja como uma das principais ferramentas de manutenção da estabilidade das relações comerciais em diversos setores econômicos no país.

Em outras palavras, a regulação, embora se constitua em um instrumento de controle do mercado, ganha contornos sociais quando limita a atuação da iniciativa privada, impedindo que o desenvolvimento das relações negociais ocorra de forma predatória, através da exploração das falhas de mercado, e assim, evitando a violação de direitos em prol do desenvolvimento meramente econômico.

Ocorre que o mercado, para se desenvolver de forma plena, exige certo grau de liberdade, se desvinculando de questões sociais, políticas e morais, no entanto, este não deve ser totalmente desregulado, incumbindo ao Poder Público estabelecer limites capazes de assegurar uma condição

7. Segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 52) “[...] o poder econômico se apresenta como a capacidade de impor uma conduta, submetendo ao modelo de apropriação os resultados da produção, da distribuição e do consumo na sociedade.”

mínima de bem estar social⁸, a fim de impedir o retorno do capitalismo liberal, o qual já demonstrou ser incapaz de levar o desenvolvimento à significativa parcela da população mundial. “O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males.” (GRAU, 2015, p. 29)

É nesse contexto que a regulação ganha destaque, vez que o Estado passa a atuar sobre a economia, impedindo a autoregulação, compreendida como prejudicial ao próprio mercado.

A utilização desse instrumento no Brasil ganhou uma dúplice valia à medida que o Estado passou a atuar ativa e passivamente no controle do mercado, sendo ao mesmo tempo agente econômico (art. 173, 175 e 177, CF) e agente fomentador e fiscalizador da economia nacional (art. 174, CF). (ARAGÃO, 2017)

Ou seja, a atividade regulatória no Brasil incide na economia e sobre a economia, sendo a primeira uma intervenção direta, e a segunda, indireta⁹. Nesse sentido, esclarece Calixto Salomão Filho (2008, p.19):

No sistema brasileiro jamais houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas; a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares.

Valendo-se desse instrumento, a Constituição Federal busca organizar as relações econômicas praticadas no mercado interno, de modo que seja possível conciliar o desenvolvimento econômico do Estado com a proteção da dignidade humana – tida como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF) – delimitando a maneira como os agentes econômicos exercerão suas atividades, almejando impedir a ocorrência de violações a direitos e garantias fundamentais, bem como condutas que comprometam os interesses coletivos ou ponham em risco a segurança e a soberania nacional (art. 173 e 177, CF).

8. Tais condições compreendem fatores de diversas ordens, tais quais: ambientais, trabalhistas e consumeristas.

9. Importante destacar que embora juridicamente a regulação detenha dupla função, na ciência econômica tal instrumento equivale à existência de dois fenômenos: a redução da intervenção do Estado na economia e no “crescimento do movimento de concentração econômica.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21)

Assim, uma vez que o mercado interno integra o patrimônio nacional brasileiro (art. 219, CF), a regulação se mostra a maneira como o Poder Público o guia na tentativa de assegurar a todos uma existência digna (art. 170, CF), sem comprometer o bem estar coletivo ou vulnerar o meio ambiente (art. 225, CF), uma vez que põe limites à atuação dos agentes privados.

Prevendo, o artigo 170, IV da CF, a livre concorrência como um princípio da ordem econômica, a regulação reafirma sua importância como instrumento de controle do mercado interno e de promoção da justiça social (art. 3º, I, CF), notadamente quando se tem o mercado como elemento essencial ao desenvolvimento da nação.¹⁰

Assim, mais do que a consecução da justiça social, a regulação busca “[...] equilibrar as relações entre agentes econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e dele abusem sobre os outros.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p.136)

Frise-se que a matriz econômica constitucional não tem como fim somente o capital, mas o capital fundado nos valores sociais, sem descuidar a valorização do trabalho humano na consecução dos fins previstos na própria CF, como no caso do inciso IV do artigo 1º e do artigo 170. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 52-53)

Ademais, o mercado interno possui larga importância em diversos aspectos, pois de alguma maneira sempre estará relacionado à educação, cultura, desporto, saúde, desenvolvimento tecnológico entre outros.

Desta forma, o mercado é tido como um elemento essencial para a promoção de um Estado mais forte financeiramente, o qual terá melhores condições de ofertar ao seu povo toda a assistência e infraestrutura necessária para o atingimento do pleno desenvolvimento social.

10. O papel da regulação para o desenvolvimento nacional vai além de questões financeiras ou mercadológicas, vez que também comporta questionamentos quanto à ética seguida pelos agentes econômicos, aos moldes da doutrina defensora da humanização do capital, pois, conforme destaca Fábio Konder Comparato (2014), desde o seu surgimento, o capitalismo consiste na busca individualizada por interesses materiais como propósito de vida, ensejando a negação do outro, especialmente daqueles que carecem de recursos financeiros, desumanizando-os. Assim, a regulação surge não apenas como instrumento capaz de guiar a atuação dos agentes econômicos no mercado, impedindo a exploração de suas falhas, mas também transparecendo os ideais públicos de proteção social e promoção do bem estar coletivo nas relações macro e microeconômicas.

Entretanto, o desenvolvimento não se pauta apenas no PIB de uma nação, mas depende de outros fatores, como a especialização da mão de obra através da educação, o aumento da eficiência produtiva mediante investimentos em tecnologia e na sustentabilidade do país, impedindo ou reduzindo as chances de danos ao meio ambiente, conciliando assim, diversos fatores que permitam ao mercado nacional realizar todo o seu potencial, sem, contudo, descartar políticas que melhor distribuam a renda gerada em decorrência das relações de mercado¹¹. “Um fator importante para determinar o sucesso de um país é a ‘qualidade’ das instituições públicas e privadas, que, por sua vez, está relacionada com o modo como as decisões são tomadas e no interesse de quem; [...]” (STIGLITZ, 2017, p. 130)

Ocorre que as disposições constitucionais, ainda que dotadas de amplos preceitos, não são capazes por si de impedir a exploração das falhas de mercado, o que demanda uma ampla normatividade a cerca de seus elementos, objetivando evitar o surgimento de situações que impeçam ou retardem a construção de uma sociedade que melhor promova a qualidade de vida do povo brasileiro.

Destaca-se ainda que a conscientização dos agentes econômicos quanto à sua responsabilidade social se mostra como o principal fator na proteção do bem estar humano e o mais eficaz instrumento na promoção do desenvolvimento socioeconômico do país¹². Por outro lado, Joseph E Stiglitz (2017, p. 319) afirma que a responsabilidade social não é suficiente, embora importante, devendo ser complementada por rígidas regulações, as quais “ajudarão a evitar uma corrida ao fundo do poço.”

Por outro lado, ainda versando sobre o controle do Estado em relação ao mercado, faz-se imperioso destacar o papel das normas antitruste, vez que as mesmas auxiliam a atividade regulatória.

11. “[...] vale lembrar que a Constituição Federal não estabelece o domínio ou primado da livre iniciativa de forma irrestrita, mas como fundação (base) dessa ordem, ao lado e com a mesma força do princípio da valorização do trabalho humano. Ambos os princípios devem ser compatibilizados com um fim específico: assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a ordem econômica brasileira - ou melhor, nosso direito econômico - possui uma clara preocupação com a dignidade humana, apresentada na Constituição como princípio estruturante e que germina em tal ordem (parte especial da CF) por intermédio desse último princípio constitucional especial (valorização do trabalho humano).” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 54)

12. “[...] todo o problema da função social da empresa, nós sabemos, continua sendo mais um exercício de retórica do que uma realidade concreta, enquanto o poder de controle estiver exclusivamente fundado na propriedade do capital.” (LUCCA, 2009, p. 325)

Muito embora existam consideráveis diferenças no que toca à regulação do mercado e às normas antitruste – podendo citar uma atuação ativa e passiva do Estado, respectivamente –, ambas demonstram sua relação à medida que o direito concorrencial, por vezes, é capaz de informar a atividade regulatória. (SALOMÃO FILHO, 2008)

No Brasil, por exemplo, a Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/11) tem por fim a prevenção e a repressão a infrações contra a ordem econômica (art. 170, CF). Segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 57), isso “[...] não poderia ser diferente, já que logo em seus princípios fundamentais (art. 1º, III, da CF/1988) a Constituição determina uma calibragem estruturante no poder econômico entre os valores do capitalismo (livre iniciativa) e os valores sociais do trabalho.”¹³

Assim, faz-se de significativa importância que o Estado detenha um sistema normativo consistente, pois diversos setores, ainda que não devidamente regulados, “devem se submeter a uma disciplina antitruste incisiva que não se limite a sancionar atos ilícitos, mas passe a impor comportamentos [...]”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 22)

Ademais, no que toca ao bem estar social, considerar uma atuação mais humanizada por parte dos agentes econômicos privados – ainda que em decorrência de disposições normativas sancionatórias – não deve ser entendido com algo maléfico aos lucros, vez que “[...] alguns estudos sugerem que as firmas socialmente responsáveis tiveram um desempenho melhor no mercado de ações do que outras [...]”. (STIGLITZ, 2017, p. 317)

Desta forma, sob uma perspectiva empresarial, é possível afirmar que os anseios sociais modernos podem ser compreendidos como uma nova oportunidade mercadológica, passível de exploração pelos agentes econômicos mais atentos aos seus *stakeholders*.

Destarte, ante todo o apresentado, tem-se que a atividade regulatória exerce uma função de destaque na promoção do bem estar social, ainda que indiretamente, vez que encontra seu principal objetivo na estabilização

13. “Neste sentido importa salientar que, ao contrário do que se discutiu à época de sua instituição, a Lei Antitruste não surgiu com o objetivo de impedir o desemprego ou protegê-lo na medida em que a livre iniciativa é assegurada de forma fundamental. O bem protegido pela lei era a manutenção de um mercado competitivo, onde preços de bens e serviços permanecessem próximos do equilíbrio entre a oferta e a demanda. Deste modo, para garantir um mercado competitivo, a Lei n. 8.884/94 concedeu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) funções repressivas e preventivas para o enfrentamento ao abuso do poder econômico.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 57-58)

do mercado e na limitação de condutas empresariais lesivas à sociedade, impedindo assim, que a dignidade humana seja sacrificada em nome do desenvolvimento meramente econômico.

Em outras palavras, o desenvolvimento socioeconômico do país, embora esteja atrelado às relações negociais, não se limita apenas à abertura do mercado interno, mas também à maneira como isso irá ocorrer, sem que disso decorra violações a direitos, bem como, que haja a ampliação e o aperfeiçoamento dos serviços fornecidos pelo Estado à coletividade, resultando, dentre outras coisas, na melhor distribuição de renda e no atingimento da tão desejada soberania econômica nacional, que, segundo Eros Roberto Grau (2015), tem por intuito tornar possível a participação da sociedade brasileira no mercado internacional, rompendo com qualquer dependência de ordem política ou econômica.

Por fim, acredita-se que a melhor maneira para impedir que a atividade regulatória seja influenciada por interesses exclusivamente privados é através da conscientização dos gestores públicos quanto ao papel do Estado na defesa social e na promoção do real desenvolvimento, bem como da adoção de um posicionamento ético por parte das companhias, valendo-se de uma gestão mais humanizada e preocupada com a sua função social nos países onde atuam.

5. CONCLUSÃO

Como demonstrado, as relações negociais sempre estiveram presentes na história humana, o que ensejou um fortalecimento da economia ao decorrer dos séculos, bem como o surgimento de inúmeras discussões a seu respeito.

Diversas teorias econômicas questionaram o papel interventivo do Estado nas relações de mercado, o que resultou em diferentes posicionamentos do Poder Público quanto ao seu dirigismo na economia, pois ainda que o capitalismo neoliberal tenha se tornado o principal modelo econômico do mundo moderno, assim como seus antecessores, este se mostrou falho.

Com isso, o Estado moderno passou a intervir na economia de modo a tentar impedir que as falhas de mercado sejam exploradas pelos agentes econômicos, atingindo reflexamente toda a coletividade. Para tanto, a regulação do mercado se mostrou um dos principais instrumentos para a consecução desse objetivo.

Ocorre que em muitos países, principalmente naqueles não desenvolvidos, o poder econômico pertencente à iniciativa privada acabou por exercer forte influência na tomada de decisões por parte de seus governos, causando uma captura do poder político, e assim, ditando as regras do mercado, conquistando vantagens que não seriam possíveis de maneira regular.

Nesse contexto, o Estado brasileiro, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica deve ter por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme prevê o texto constitucional, buscando evitar a sobreposição de interesses privados àqueles pertencentes ao Poder Público – vez que estes refletem o interesse social –, o que comprometeria o pleno desenvolvimento nacional e o bem estar social.

No entanto, a atuação do Poder Público sobre as relações de mercado não devem ser tão significativas a ponto de inviabilizar o correto desenvolvimento do mercado, o que causaria danos ainda maiores ao desenvolvimento do país.

Destarte, destacou-se a importância da atividade regulatória, ainda que de maneira breve, para o desenvolvimento do mercado nacional, como ferramenta de controle da atuação dos agentes econômicos, evitando que a exploração do mercado afete negativamente à sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MILL, John Stuart. *Principles of political economy*. New York: D. Appleton And Company, 1885.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva 2010.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 3ª ed. reimpr. Curitiba: Juruá, 2015.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Trad. Pedro maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

VASCONCELLLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RECEBIDO EM: 27/06/2019
APROVADO EM: 07/11/2019

A APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF NOS DIAS ATUAIS: NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM

*THE APPLICATION OF STF'S PRECEDENT 377 ON CURRENT DAYS;
THE NECESSITY OF COMPROVATION ABOUT THE COMMON EFFORT.*

*Gastão Marques Franco¹
Aurélio Passos Silva²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O regime da separação obrigatória e a súmula 377 do STF. 1.1. O regime de bens imposto pela lei. 1.1.1. Introdução conceitual e histórica sobre os regimes de bens. 1.1.2. O regime da separação obrigatória. 1.2. Contexto histórico e principais fundamentos da súmula 377 do STF. 2. Aplicabilidade da súmula 377/STF nos dias atuais e os problemas decorrentes da necessidade de comprovação do esforço comum. 2.1. A sobrevivência da Súmula

1. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Advogado, sócio proprietário de Gastão Franco Advogados. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas.
2. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado Regional do Estado em Uberlândia. Professor efetivo de Direito Administrativo na Universidade do Estado de Minas Gerais.

377. 2.2. A polêmica exigência de comprovação do esforço comum e seus possíveis problemas práticos; 2.2.1. A posição jurisprudencial. 2.2.2. A discussão doutrinária. 2.2.3. Conceito de esforço comum: a dificuldade na aplicabilidade prática da exigência jurisprudencial. 3. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, publicada no ano de 1964, consolida o entendimento de que, no regime de separação legal de bens, irão comunicar-se aqueles adquiridos na constância do casamento, ou seja, apesar de conviverem em um regime de separação de patrimônio imposto pela lei, os cônjuges teriam direito à meação daqueles bens adquiridos durante a relação. Apesar de existir uma forte corrente doutrinária contrária à aplicabilidade dessa Súmula, isso não se reflete nos tribunais brasileiros, que continuam a utilizando amplamente. No entanto, conforme o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, utilizado como marco referencial deste estudo, torna-se necessário que os cônjuges, para terem o direito sobre os bens adquiridos durante o casamento, comprovem a contribuição de fato na construção desse patrimônio, mais conhecida como prova do esforço comum. No entanto, o que seria, efetivamente, considerado esforço comum? Esse entendimento jurisprudencial não estaria, na prática, tornando ainda mais problemática a aplicação da Súmula 377 do STF pelos tribunais, trazendo maiores prejuízos de ordem prática? O presente artigo pretende, por meio da vertente metodológica jurídico dogmática e do método dialético, analisar e pormenorizar os principais aspectos que circundam esse tema, e concluir se a atitude dos tribunais, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, apresenta-se como a medida mais correta sobre o assunto.

PALAVRAS CHAVE: Regime da Separação Obrigatória. Comunicação dos Aquestos. Súmula 377/STF. Regime de Bens. Esforço Comum.

ABSTRACT: The Precedent 377 of the Federal Supreme Court, published in 1964, consolidates the understanding that in the regime of legal separation of property, those acquired in the course of marriage will be communicated, that is, despite living in a separation regime of legally required, the spouses would have the right to mediate those goods acquired during the relationship. Although there is a strong doctrinal current contrary to the applicability of this Formula, this is not reflected in the Brazilian courts, which continue to use broadly. However, according to the most recent understanding of

the Superior Court of Justice, used as a reference framework in this study, it is necessary that the spouses, in order to have the right over the assets acquired during the marriage, prove the actual contribution in the construction of this patrimony, better known as proof of joint effort. However, what would effectively be considered a common effort? Is this jurisprudential understanding in practice making the application of STF Precedent 377 by the courts even more problematic, bringing more practical damages? The present article intends to analyze and detail the main aspects that surround this theme, through the methodological and dogmatic juridical aspects of the dialectical method, and to conclude that the attitude of the courts, especially the Superior Court of Justice, is the most correct about the subject.

KEYWORDS: Compulsory Unbuidling Regime. Communication of Aquestos. Precedent 377/STF. Asset Regime. Common Effort.

INTRODUÇÃO

As relações familiares representam um dos pilares da sociedade contemporânea, apresentando-se como pano de fundo para grandes debates entre os operadores do direito nos dias atuais.

Um dos motivos para o surgimento de profundas discussões nesse contexto é a enorme interferência estatal nas relações familiares, por meio da criação e aplicação de diversas normas na vida privada dos indivíduos, de cunho extremamente intervencionista, principalmente na esfera patrimonial.

Desse contexto de enorme interferência do Estado nas relações privadas retira-se a imposição legal, presente no Código Civil brasileiro, do regime de separação obrigatória de bens no casamento ou união estável para alguns indivíduos, seja por motivo de idade ou por inobservância de alguns outros requisitos.

Para os indivíduos selecionados pela lei, é determinado que o patrimônio adquirido por um dos membros do casal, antes ou durante a relação, será pertencente somente a ele, não tendo direito o outro ao recebimento de uma fração desse bem a título de meação ou de herança, como ocorre em outros regimes de bens previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Diante dessa previsão legislativa, os tribunais pátrios aplicam um entendimento utilizado desde a vigência do Código Civil de 1916, consubstanciado na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, editada

no ano de 1964, que visou corrigir injustiças decorrentes do regime de separação obrigatória de bens, ao entender que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

Ou seja, apesar de vigorar o regime de separação obrigatória de bens, por meio da aplicação do entendimento colacionado acima, o cônjuge ou companheiro teria direito aos bens adquiridos na constância do casamento em eventual término do vínculo afetivo.

Mesmo diante de grandes críticas doutrinárias contrárias à aplicabilidade do referido entendimento nos dias atuais, tendo em vista, dentre outros argumentos, a edição de um novo Código Civil quase 40 anos após sua formalização pelo Supremo Tribunal Federal, fato é que ela continua sendo amplamente utilizada pelos tribunais pátrios, conforme será demonstrado neste estudo.

No entanto, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em um julgamento ocorrido em 23 de maio de 2018, firmou entendimento de que, apesar de considerar aplicável a referida orientação, o cônjuge ou o companheiro que visa receber sua parte sobre algum bem adquirido na constância de relação regida pela separação obrigatória, deverá comprovar que houve esforço comum na aquisição desse bem, modificando, na prática, a orientação jurisprudencial, que não mencionava de forma expressa essa necessidade.

Diante desse novo posicionamento, que já era adotado por alguns tribunais de instância inferior, surgem algumas dúvidas de extrema importância, principalmente: o que seria considerado esforço comum? Essa nova exigência não poderá ocasionar mais problemas práticos na aplicação do entendimento, tendo em vista a dificuldade probatória que a envolve? A resposta para essas indagações, utilizando a primeira como base de argumentação para a segunda, será o principal objetivo desse artigo.

Para isso, pretende-se elucidar o tema por meio de ensinamentos da doutrina especializada no assunto, além de uma análise sobre o momento histórico de criação da Súmula 377 do Superior Tribunal Federal, perquirindo os principais fundamentos que a motivaram.

Também será perquirido um conceito de “esforço comum”, o que será de fundamental importância para a conclusão do presente artigo, sobre a possibilidade da exigência de comprovação do esforço comum poder

tornar inócua a aplicação do entendimento analisado, tendo em vista a dificuldade e complexidade probatória deste novo requisito.

1. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E A SÚMULA 377 DO STF

1.1. O REGIME DE BENS IMPOSTO PELA LEI

1.1.1. INTRODUÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA SOBRE OS REGIMES DE BENS

Ao optar pela convivência familiar com outrem por meio do casamento ou da união estável, os indivíduos estabelecem uma comunhão de vida, que representa também um entrelaçamento de patrimônios (DIAS, 2015, p. 297).

O regime de bens se apresenta como uma compilação de regras, escolhidas pelo casal ou, na ausência deste apontamento pelas partes e por imposição expressa, pela lei, que vão disciplinar as relações econômicas entre os cônjuges ou companheiros, bem como a administração e o domínio dos bens adquiridos antes e durante a relação (GONÇALVES, 2015, p. 445).

De forma mais sucinta, o regime de bens pode ser conceituado, portanto, como “o conjunto de normas legais ou contratuais que regulam as relações econômicas entre os cônjuges” (CARVALHO, 1996, p. 15).

Essa necessidade pelo regramento conjugal surgiu, assim como os regramentos sucessórios, com a necessidade do indivíduo de limitar e buscar a perpetuação da propriedade privada, quando dividida com outro ser humano ao longo da vida (PARADA, 2008, p. 30).

Atualmente, a escolha do regime de bens nessas relações irá determinar, por exemplo, como será distribuída a propriedade dos bens adquiridos pelo casal antes e durante a relação em caso de eventual divórcio.

Além disso, devido às regras contidas no ordenamento jurídico brasileiro, essa escolha irá impactar também na concorrência do cônjuge na herança com os demais herdeiros necessários em caso de falecimento de uma das partes.

O Código Civil de 1916 previa as seguintes espécies de regime de bens: comunhão parcial; separação obrigatória; separação convencional; comunhão universal e o regime dotal.

Até a entrada em vigor da Lei nº 6.515, de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, o regime legal supletivo era o da comunhão universal, que gerava uma verdadeira massa patrimonial pertencente ao casal, unindo o patrimônio individual de cada um, tanto o preexistente quanto o adquirido na constância da relação (DIAS, 2015, p. 302).

Portanto, até 1977, caso os cônjuges não estipulassem de forma expressa por um regime diverso, o regime de bens que iria ser aplicado na relação era o da comunhão universal.

Com o advento da Lei do Divórcio, o regime supletivo legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, no qual cada cônjuge ou companheiro pode ter tanto bens particulares como bens comuns, estes últimos também denominados de aquestos, ou seja, aqueles adquiridos durante a relação.

Importante se torna a diferenciação do regime legal supletivo e do regime legal obrigatório, pano de fundo do presente estudo, conforme faz de forma brilhante Zeno Veloso:

Na falta de manifestação dos nubentes, tendo eles silenciado, inexistindo pacto antenupcial, vem a lei e supre a omissão, determinando um regime para o casamento, que, em nosso País, é o da comunhão parcial. O mesmo ocorrerá, havendo pacto, se este for inválido ou ineficaz.

Há casos, entretanto, em que o regime legal não é apenas supletivo, mas obrigatório, imperativo, compulsório, cogente, quando o legislador impõe o regime da separação, considerando certos fatos e dadas circunstâncias em que determinado casamento foi realizado. (VELOSO, coord. PEREIRA, 1997, p. 82).

O Código Civil de 2002, além de excluir o regime dotal pela sua inutilidade prática, manteve os demais regimes previstos anteriormente e criou o regime da participação final nos aquestos, além de admitir a modificação do regime escolhido pelo casal durante a constância da relação.

Portanto, atualmente, são regulados pelo ordenamento jurídico pátrios os seguintes regimes: comunhão parcial; comunhão universal; separação obrigatória; separação de bens e participação final nos aquestos (BRASIL, 2002), cada um com peculiaridades e consequências diversas na relação patrimonial do casal.

A discussão proposta com este artigo gira tão somente em torno do regime de separação obrigatória de bens, motivo pelo qual não irá adentrar-se nos detalhes específicos dos demais regimes nesta oportunidade.

1.1.2. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

Na contramão do princípio da autonomia privada e da regra de que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002), o Código Civil impõe um regime de bens para certos indivíduos que, mesmo se desejarem optar por um outro, mediante pacto antenupcial, não poderão fazê-lo, ou caso o façam, não produzirão os efeitos desejados, por contrariar uma norma de ordem pública (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 308).

Esse regime, que já era previsto no Código Civil de 1916, possui, atualmente, redação praticamente idêntica no diploma de 2002³, que apenas unificou a idade de homens e mulheres na hipótese do inciso II para sessenta anos, o que também foi modificado com a Lei nº 12.344, de 2010, aumentando-a para setenta anos.

Tal obrigação legal se fundamenta em um pretexto duvidoso de proteção às pessoas consideradas vulneráveis diante da situação fática do casamento ou união estável e que, com essa relação, estariam colocando em risco seu patrimônio.

Segundo a lei, portanto, o regime de separação de bens será obrigatório para aqueles que se casarem sem observância das causas suspensivas de celebração do casamento, para os maiores de setenta anos e para aqueles que dependerem de suprimento judicial para realizar o casamento (BRASIL, 2002).

Atualmente, esse regramento sofre duras críticas por parte da doutrina, que entende ocorrer uma violação à autonomia privada dos cônjuges e companheiros ao serem proibidos de elegerem seu regime de bens (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 313 – 314).

3. Nos termos exatos do artigo 1.641: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.” (BRASIL, 2002).

Além disso, em uma relação familiar, a vontade dos indivíduos deveria ser mais respeitada, pois “nos seios da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência.” (PEREIRA, 2005, p. 155).

A imposição do regime para as pessoas maiores de setenta anos, por exemplo, fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, ao tratá-las como verdadeiras absolutamente incapazes de decidirem o melhor para sua própria vida. Nesse sentido, é valiosa a lição de Oswaldo Peregrina Rodrigues:

Deveras, a pessoa idosa está em fase etária da vida mais avançada, mas esse fator, por si só, é desprezível para se aferir sua capacidade civil, que não possui qualquer vínculo de causa e efeito com a idade (...). Entretanto, se inexistem distúrbios mentais, essa pessoa, ainda que idosa, por concepção objetiva etária, é plenamente capaz, apta, portanto, a se casar e escolher o regime de bens matrimonial que melhor for do seu exclusivo interesse; ou, melhor, do interesse dela e de seu pretendente. (RODRIGUES, 2006, p. 412).

Ou seja, a norma que, na teoria, visava tutelar certos indivíduos, acaba sendo uma norma representativa de preconceito, principalmente em relação aos idosos (TARTUCE, 2016, p. 143).

A par de todas as críticas, fato é que a lei estabelece de forma expressa esse regime para uma classe específica de pessoas, trazendo inúmeras consequências de cunho patrimonial para essas relações.

No regime da separação obrigatória, cada um será titular do seu próprio patrimônio e, no momento da separação, em tese, cada um ficará com os bens que forem de sua titularidade (DIAS, 2015, p. 302).

Além de não se constituir um patrimônio do casal pela comunhão de vida, a lei também exclui, de forma expressa, o cônjuge ou companheiro da concorrência em eventual herança com os descendentes do falecido⁴.

Portanto, no regime da separação obrigatória de bens, segundo a lei, não existe a constituição de um patrimônio comum do casal, sendo

4. O Código Civil não deixa dúvidas sobre isso, ao dispor, em seu artigo 1.829, que “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (...)” (BRASIL, 20002).

cada um dono de seu próprio patrimônio e, em caso de separação, ficando com o que lhe é próprio (DIAS, 2015, p. 302).

No entanto, devido à uma antiga construção jurisprudencial, realizada ainda na vigência de regras contidas no Código Civil de 1916, mesmo nesse regime de bens o cônjuge poderia ter direito à partilha de algum bem após eventual dissolução do vínculo.

Essa possibilidade da concessão do direito à meação ao cônjuge ou companheiro que se submete ao regime da separação obrigatória, inexistente no Código Civil, se consubstancia na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, cujo texto é claro ao dizer que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal).

Essa orientação jurisprudencial é alvo de inúmeras críticas doutrinárias e motiva grandes debates entre os operadores do direito atualmente, como, por exemplo, se ainda seria plausível sua aplicação, tendo em vista que ela foi editada sob a vigência do Código Civil de 1916, que continha algumas regras que a fundamentaram suprimidas em 2002.

O presente artigo irá analisar, de forma específica, a exigência do Superior Tribunal de Justiça de comprovação do esforço comum na aquisição dos bens ao aplicar a Súmula 377, do Superior Tribunal Federal.

Ou seja, apesar de aplicar-se a antiga orientação jurisprudencial, o que ocorre atualmente é uma modificação de seu teor, gerando alguns problemas de interpretação e aplicação prática que serão pormenorizados adiante.

Para isso, torna-se necessário analisar o contexto histórico e os fundamentos que motivaram o Supremo Tribunal Federal a editar essa orientação, para entender se sua aplicação nos dias atuais está de acordo com seu objetivo inicial.

1.2. CONTEXTO HISTÓRICO E PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA SÚMULA 377 DO STF

Conforme exposto anteriormente, a orientação jurisprudencial consolidada na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal permite a comunicação dos aquestos, ou seja, dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, nos casos em que vigora o regime da separação obrigatória de bens.

Primeiramente, antes de adentrar nos seus fundamentos, importante ressaltar o contexto histórico das decisões que motivaram a edição dessa Súmula, quando chegavam aos tribunais situações específicas relativas aos imigrantes italianos.

Graças ao ordenamento jurídico italiano, esses indivíduos geralmente imigravam para o Brasil casados pelo regime da separação de bens, enquanto a maioria dos casais brasileiros seguia o regime da comunhão universal, e aqui formavam, pelo esforço comum de marido e mulher, um patrimônio único.

Para evitar o enriquecimento ilícito, principalmente do marido, que geralmente detinha os títulos de propriedades do acervo patrimonial, a jurisprudência brasileira passou a admitir a comunhão dos aquestos fundamentando as decisões em princípios de justiça, equidade, vedação ao enriquecimento sem causa e existência de sociedade de fato.

Isso pode ser confirmado pela leitura dos acórdãos que serviram de motivação para a edição da Súmula. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 7.243, de 12 de junho de 1945, por exemplo, o voto do Ministro Aníbal Freire se refere de forma expressa ao caso específico dos italianos:

Ao defrontar, na Turma, esse caso, no tocante à exegese da aplicação do nosso Código Civil, não hesitei em acompanhar a orientação e o espírito que haviam guiado os meus votos na hipótese referida, dos casais italianos. Evidentemente, transparecia do processo uma comunhão de fato, em que a cônjuge havia contribuído com o seu esforço para a realização dos bens do casal, durante longo período, produto exclusivo da sua atividade ao lado do esposo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 7.243/CE, 1945)

Também no julgamento do Recurso Extraordinário nº 10.951, de 09 de abril de 1948, de Relatoria do Ministro Annibal Freire, é possível verificar a influência dos casos italianos, conforme consta no voto do Ministro Castro Nunes:

Mas, na verdade, eu peço vênias aos meus ilustres colegas para salientar o seguinte, que já está dito no meu voto, mas que procurarei esclarecer melhor: quero salientar que esta questão da sociedade de fato, posterior ao casamento, tem sua razão de ser no caso dos casais italianos, porque o regime é da separação de bens, que é o regime comum no Código

italiano. É nesses casos que se pode falar em comunhão de fato como de um estado que, embora contrário à lei nacional dos cônjuges, deva produzir efeitos jurídicos no Brasil, onde o casal fez fortuna pela cooperação de ambos os consortes, solução inaugurada pelo ilustre Tribunal de S. Paulo e mantida por nós, em vários casos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 10.951).

No entanto, a jurisprudência passou a aplicar esse entendimento analogicamente para outros casos, com fundamento no antigo artigo 259 do Código Civil de 1916, que dispunha que mesmo nos regimes que não fossem o da comunhão de bens, prevaleceriam “no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, 1916).

Importante ressaltar que essa regra contida no artigo 259, apesar de fazer menção somente aos casos em que as partes não estipulam o regime de bens, ou seja, no silêncio do contrato, passou a ser aplicada também para os casos em que a lei impunha o regime da separação obrigatória, principalmente com a edição da Súmula 377.

Pode-se resumir, portanto, os principais fundamentos desse entendimento jurisprudencial como: a própria lei, que dispunha de forma semelhante no antigo artigo 259; a vedação ao enriquecimento ilícito por um dos cônjuges e a justiça social para aqueles que de fato contribuíram para a formação do patrimônio adquirido onerosamente na constância da relação (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Feita essa análise introdutória sobre o regime de separação obrigatória e a Súmula 377 do STF, passa-se, no próximo capítulo, a analisar a aplicabilidade desse entendimento jurisprudencial nos dias atuais, detalhando as críticas doutrinárias e a maneira como a jurisprudência diverge em sua aplicação, principalmente no tocante à comprovação do esforço comum, tema principal do presente estudo.

2. APLICABILIDADE DA SÚMULA 377/STF NOS DIAS ATUAIS E OS PROBLEMAS DECORRENTES DA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM

2.1. A SOBREVIVÊNCIA DA SÚMULA 377

Antes de pormenorizar o aspecto polêmico envolvendo a necessidade de comprovação do esforço comum para a comunicação dos aquestos no regime de separação obrigatória, é importante demonstrar, de forma

sucinta, a discussão doutrinária envolvendo a aplicação da Súmula 377 do STF na atualidade.

Primeiramente, a primeira ressalva que deve ser feita diz respeito ao momento de edição dessa orientação jurisprudencial: o ano de 1964, quando o Supremo Tribunal Federal ainda era competente para decidir, em última instância, sobre interpretação de lei federal, atribuição que agora pertence ao Superior Tribunal de Justiça.

No momento de edição dessa Súmula, portanto, ainda vigorava o Código Civil de 1916, revogado em 2002 pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo regramento cível.

Assim, uma das principais críticas doutrinárias sobre a sobrevivência da referida Súmula se baseia no fato de que seu fundamento legal, o artigo 259 do Código Civil de 1916, deixou de ser reproduzido com a entrada em vigor do novo código, sendo revogado, portanto, a partir de 2003:

Em primeiro lugar, ressalte-se, já não subsiste o suporte fático que ensejou a edição da Súmula 377; outrossim, o art. 259 que fornecia substrato jurídico para a admissão do regime de separação limitada de bens foi revogado, não existindo no atual Código disposição similar. Assim, o fundamento fático e jurídico que gerou o entendimento consolidado na Súmula já não permanece. (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 251).

Além disso, para essa corrente, o antigo artigo 259 deveria ser aplicado somente aos casos de separação convencional, pois o legislador à época optou por criar um regime de separação obrigatória, diverso daquele, sendo que ele próprio poderia ampliar os efeitos do artigo se assim desejasse:

O legislador, estabelecendo tal regime, quis naturalmente uma separação absoluta de bens, tanto é que proibiu, inclusive, a doação entre os cônjuges.

E mais: o legislador de 1962, conhecendo da controvérsia, já que a súmula já havia, à época, sido editada, e já era contestada, poderia, se quisesse adotar sua tese, alterar a redação do art. 259 citado, para fazê-lo abranger também o regime da separação legal. Mas não o fez. Ao contrário, criou o denominado usufruto vidual (art. 1611, § 1º, com a redação dada pela Lei nº. 4121/62). Ou seja, o legislador

do Estatuto da Mulher Casada queria proteger o viúvo casado sob o regime da separação, mas não queria alterar os princípios deste regime, criando, então, instituto novo. Não pode, portanto, a jurisprudência alterar o que o legislador quis manter intocável. (CARVALHO NETO, p. 6).

Para essa parte da doutrina, portanto, a comunicação dos aquestos nesses casos, somente poderia ocorrer com a comprovação efetiva do esforço comum na aquisição dos bens, fundamento a divisão do patrimônio na vedação do enriquecimento sem causa ou até na existência de uma sociedade de fato, não tendo utilidade a Súmula 377, já que isso poderia ser feito nas vias ordinárias.

De outro lado, autores renomados, como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Maria Berenice Dias, defendem a necessidade de subsistência dessa orientação jurisprudencial, visando o respeito a direitos básicos e à vedação do enriquecimento injustificado por uma imposição legal sem embasamento jurídico:

Seguramente, o fundamento da citada “súmula dos aquestos” é o respeito aos valores personalíssimos, realçando a proteção das pessoas humanas envolvidas, afastando a indevida ingerência estatal no âmbito dos interesses privados, daí a sua plena compatibilidade com a ordem constitucional e, via de consequência, a sua permanência, apesar das regras codificadas” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado. (DIAZ, 2015, p. 331).

Por fim, uma outra crítica à manutenção da Súmula é de que ela tornaria inócua a escolha legislativa pela existência do regime de separação, pois na prática vigoraria o regime de comunhão parcial de bens, em decorrência da comunicação dos aquestos, e poderia causar um enriquecimento injustificado por parte daquele que não contribuiu, de fato, na construção do patrimônio (VELOSO, 1997, p. 126).

Apesar dessa discussão acadêmica, os tribunais continuam aplicando frequentemente a Súmula 377, surgindo uma discussão mais recente: é

necessário a comprovação do esforço comum na construção do patrimônio para ocorrer a comunicação dos aquestos?

2.2. A POLÊMICA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM E SEUS POSSÍVEIS PROBLEMAS PRÁTICOS

2.2.1. A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL A (I) LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS SOBRE OS DIREITOS DE TESTAR E ELEGER REGIME DE BENS

A dispensa ou a necessidade de comprovação do esforço comum para ocorrer a comunicação dos bens adquiridos na constância de casamento ou união estável é algo que sempre foi divergente na doutrina e jurisprudência pátria. Flávio Tartuce, por exemplo, cita de forma didática em sua obra diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2012, que divergem sobre o tema:

(...) concluindo pela necessidade de prova do esforço comum para a comunicação dos bens: STJ, REsp 646.259/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a Turma, j. 22.06.2010, DJe 24.08.2010; REsp 123.633/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.^a Turma, j. 17.03.2009, DJe 30.03.2009 e REsp 9.938/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, j. 09.06. 1992, DJ 03.08. 1992, p. 11.321.

(...) afastando a necessidade dessa prova, citando como fundamentos principais a dignidade humana e a solidariedade familiar: STJ, AgRg no REsp 1.008.684/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.^a Turma, j. 24.04.2012, DJe 02.05.2012; REsp 1.090.722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.^a Turma, j. 02.03.2010, DJe 30.08.2010; REsp 736.627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.^a Turma, j. 11.04.2006, DJ 01.08.2006, p. 436 (...). (TARTUCE, 2016, p. 148)

Ao realizar um recorte histórico mais recente, percebe-se que a divergência persiste na corte. Utiliza-se, como exemplo da corrente que entende ser dispensada a efetiva comprovação do esforço comum, o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 857.923/MG, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 27/02/2018, cuja posição é expressa na própria ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO. REGIME. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTILHA. ESFORÇO COMUM PRESUMIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. “No regime da separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum (Súmula n. 377/STF)” (AgRg no AREsp 650.390/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 857.923/MG.)

Essa corrente fundamenta a presunção do esforço comum na preservação da dignidade da pessoa humana, vedação ao enriquecimento ilícito e outros direitos constitucionais (TARTUCE, 2016, p. 148).

No entanto, em julgamento realizado em 23/05/2018, praticamente três meses após a decisão citada anteriormente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça procurou firmar o entendimento contrário, entendendo ser necessária a efetiva comprovação do esforço comum para ocorrer a comunicação dos bens nesses casos. Confere-se a ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.

3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância

acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (REsp 1623858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018)

No caso em tela, mister salientar que os embargos de divergência foram instaurados pois restou comprovado que houve decisões conflitantes sobre o tema. A moldura fática e jurídica dos arestos confrontados era idêntica: saber se a comunicação/partilha dos bens adquiridos na constância de casamento submetido ao regime da separação legal de bens depende da comprovação do esforço comum na aquisição do acervo.

O i. Relator, Ministro convocado Lázaro Guimarães, após citar vários autores, esclareceu que:

Na leitura dos excertos acima reproduzidos, verifica-se que, a par de defenderem ou não a subsistência da Súmula 377/STF, os insignes doutrinadores concordam, unanimemente, que os bens adquiridos na constância do casamento submetido ao regime legal devem ser repartidos, divergindo, ocasionalmente, acerca da contribuição imaterial e, principalmente, quanto a depender a divisão da necessidade, ou não, de prova do esforço comum na aquisição do acervo. (STJ, 2018, on-line)

Em relação ao esforço comum, interessante notar que o relator desconsidera por completo o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa pois, ao seu ver, ele não contribuiu para o esclarecimento da matéria, uma vez que, se de um lado evita que um dos cônjuges saia em desvantagem nos casos em que ambos contribuíram para amealhar o patrimônio que foi registrado em nome somente de um deles, por outro lado, presumindo-se o esforço comum, um dos ex-cônjuges pode levar vantagem na distribuição de acervo para o qual não contribuiu, destruindo a essência do mesmo princípio. Acrescentou ainda que a simples presunção do esforço comum poderia gerar situações de iniquidade, especialmente naquelas uniões de curtíssima duração.

Na verdade, o acórdão deixa claro que a presunção do esforço comum pode tornar inócuo o regime da separação obrigatória (ou legal)

de bens, pois faz com que o interessado tenha que provar que o ex-cônjuge em nada contribuiu (prova negativa), embora o bem tenha sido adquirido na constância da união.

Por outro lado, o entendimento de que a comunhão de bens nesses casos deve ser precedida de prova do esforço comum, segundo essa corrente, estaria de acordo com o Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens, deixando ao interessado a prova de que teve efetiva e relevante (ainda não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem.

2.2.2. A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

Assim como a jurisprudência, a doutrina brasileira também se divide sobre a necessidade ou não de comprovação do esforço comum na aquisição dos aquestos nos casos de regime de separação obrigatória de bens.

Flávio Tartuce, por exemplo, se filia à posição mais recente explicitada do Superior Tribunal de Justiça, pela necessidade de comprovação desse esforço conjunto:

“Primeiro, porque a falta de prova do esforço comum transforma o regime da separação de bens em uma comunhão parcial, o que não parece ter sido o objetivo da sumula. Segundo, diante da vedação do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil, eis que a comunicação automática ocorreria sem qualquer razão plausível, em decorrência do mero casamento. Terceiro, porque o presente autor tem suas ressalvas quanto à eficiência atual do regime da comunhão parcial de bens. Quarto, pois o melhor caminho para o nosso Direito é extinguir definitivamente a separação legal e não transformá-la em outro regime, o que seria uma solução temporária.” (TARTUCE, 2016, p. 149).

Percebe-se que para esse autor, dentre outros motivos, a prescindibilidade da comprovação de esforço comum acabaria por tornar inócuo o regime da separação obrigatória, que seria, na prática, um verdadeiro regime de comunhão parcial de bens.

Já Maria Berenice Dias, por exemplo, se filia à corrente que dispensa a prova do esforço comum, já que “a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens (...)”. (DIAS, 2015, p. 331).

Ou seja, para essa autora e todos que a ela se filiam, o esforço comum é representado pela simples convivência entre as partes, não sendo necessários outros meios de prova para ocorrer a comunicação dos aquestos.

No mesmo sentido se posicionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“Esse esforço comum não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal. Exigir a prova de alguma contribuição financeira seria inviabilizar a aplicação do entendimento sumulado.

Avizinha-se, com isso, a separação legal do regime de comunhão parcial de bens, permitindo-se a partilha dos aquestos naquela, inclusive com presunção de esforço comum para a aquisição.” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 315).

Percebe-se, em síntese, que os argumentos doutrinários, assim como os jurisprudenciais, podem servir como uma boa base de fundamentos para ambas as correntes, cada qual com suas convicções.

A intenção desse artigo é justamente encontrar uma solução que se apresente como a mais viável na prática, levando em consideração aspectos referentes à produção de prova e ao conceito de esforço comum, que será abordado no próximo tópico.

2.2.3. CONCEITO DE ESFORÇO COMUM: A DIFICULDADE NA APLICABILIDADE PRÁTICA DA EXIGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Tomando como base a decisão unânime mais recente do Superior Tribunal de Justiça, chega-se às seguintes conclusões: a Súmula 377 será aplicada, ocorrendo a comunicação dos aquestos nos casos de separação obrigatória, desde que seja comprovado a ocorrência de esforço comum na aquisição desses bens.

Diante dessa exigência, podem ser feitas algumas críticas sobre como seria sua aplicação na prática.

A primeira crítica pode ser feita por um simples raciocínio lógico: se é necessário a constituição de um conjunto probatório concreto para se auferir o esforço comum na aquisição dos aquestos, a aplicação da

Súmula 377 não faria sentido, já que, por meio de uma ação ordinária, o ex-cônjuge prejudicado poderia alegar apenas o locupletamento indevido ou até mesmo a existência de uma sociedade de fato no momento de aquisição do patrimônio.

Dessa forma, a produção de provas não necessitaria da posterior aplicação da Súmula 377, podendo a decisão se basear nesses outros argumentos invocados pela parte prejudicada no momento de divisão do patrimônio.

A segunda crítica aqui elaborada é a de que o Superior Tribunal de Justiça, caso julgasse necessário, deveria elaborar uma nova orientação jurisprudencial para casos como esse, e não modificar um texto elaborado ainda na vigência do Código Civil de 1916 por uma corte diversa dessa.

Diante do grande decurso de prazo, com as na legislação e nas necessidades dos indivíduos, o mais lógico seria a consolidação de um novo entendimento, em um novo texto, e não a mutação constante de algo editado há mais de quarenta anos atrás.

Por fim, o que dificultaria a aplicação dessa nova exigência no momento de aplicação do entendimento é justamente a conceituação do que seria, efetivamente, considerado esforço comum na aquisição desses bens.

Para Maria Berenice Dias, por exemplo, o esforço comum está presente justamente na convivência harmoniosa entre os indivíduos (DIAS, 2015. p. 331).

No mesmo sentido concordam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao dizerem que esse esforço “não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 314).

Ora, não seria plausível desconsiderar o esforço praticado por um cônjuge que cuidou do lar ou que forneceu todo o suporte psicológico necessário para outro apenas pela ausência de uma contribuição financeira, por exemplo.

Dessa forma, o referido entendimento de presunção do esforço comum “não se premia o ócio, mas sim a lealdade, o respeito, a colaboração, o suporte moral e psíquico de um cônjuge ao outro.” (MADALENO, 2017, p. 123).

Além disso, deixar a cargo dos julgadores essa escolha de critérios acabaria por tornar inócua a aplicação da Súmula 377 do STF, pois a produção de provas seria bastante difícil para as partes prejudicadas.

Sem dúvida, a melhor solução seria a extinção dessa orientação jurisprudencial e uma reforma legislativa, para delimitar exatamente se irá ou não ocorrer, e em quais situações, a comunicação dos aquestos nos casos de separação obrigatória de bens, tendo em vista que as posições divergentes possuem argumentos igualmente sólidos para o debate.

No entanto, caso o Superior Tribunal de Justiça entenda ser necessário e justo manter a aplicação da Súmula, essa modificação em seu texto, ao exigir a comprovação de esforço comum, não parece o melhor desfecho para os casos concretos que, com certeza, irão alcançar o Poder Judiciário.

3. CONCLUSÃO

Procurou-se, no presente artigo, demonstrar alguns aspectos controversos que envolvem a aplicação da Súmula 377, do Superior Tribunal Federal, orientação jurisprudencial que legitima a comunicação dos bens adquiridos na constância de casamento ou união estável regulado pelo regime da separação obrigatória de bens.

Para isso, foi feita uma breve introdução sobre o tema, pormenorizando polêmicas como a legalidade e a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, além da sobrevivência e aplicação do entendimento analisado.

Foi realizada uma importante análise histórica sobre o momento de criação da orientação jurisprudencial, com o intuito de se construir uma base de pensamento concreta sobre o tema, ao pormenorizar os fundamentos que motivaram essa escolha jurisprudencial.

Após isso, procurou-se demonstrar aspectos que envolvem o problema aqui levantado, qual seja, a necessidade de comprovação do esforço comum para a comunicação dos aquestos nos casos em que vigora o regime da separação obrigatória, tendo em vista a decisão mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que parece ter firmado o entendimento por essa comprovação no momento de aplicação do entendimento.

Foram analisados os argumentos das duas correntes que divergem sobre o assunto, tanto do lado jurisprudencial como do lado doutrinário, evidenciando uma forte base de fundamentos que legitimam ambos os lados.

O ponto crucial aqui levantado foi a aplicabilidade prática do entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o próprio conceito de esforço comum se apresenta como muito relativo e passível de interpretações diversas.

Concluiu-se, portanto, que a exigência de comprovação do esforço comum acabaria por tornar inócua ou enfraquecer a aplicação da Súmula 377, do Superior Tribunal Federal, apresentando-se como mais plausível a elaboração de um novo entendimento ou de uma reforma legislativa sobre o assunto, explicitando a representatividade popular e não apenas as opiniões pessoais dos julgadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n.º 3.071/1916, de 01.01.1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 jan. de 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 857.923/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 13/03/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1679419&num_registro=201600299879&data=20180313&formato=PDF Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 7.243/CE. Relator: Waldemar Falcão. DJ 12/06/1945. Pag. 2248. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31438>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 10.951/RJ. Relator: Castro Nunes. DJ 09/04/1948. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116843>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 9.128/MG. Relator: Edgar Costa. DJ 17/12/1948. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116528>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 8.984/DF. Relator: Hahnemann Guimarães. DJ 11/01/1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31532>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento 27.264/SP. Relator: Pedro Alves. DJ 29/11/1962. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000154939&base=baseAcordaos>
Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 23.132/DF. Relator: Afrânio Costa. DJ 09/12/1953. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000132610&base=baseAcordaos>>
Acesso em: 15 jan. 2019.

CARVALHO NETO, Inácio de. *A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL*. Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_inacio_sumula.pdf Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1996.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de Família*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A Família e a Questão Patrimonial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 5: Direito de Família*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VELOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens. Direito de Família Contemporâneo*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

RECEBIDO EM: 30/04/2020
APROVADO EM: 05/08/2021

DESAFIO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E FRAGILIDADE DAS INSTITUIÇÕES

*CHALLENGE OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND
FRAGILITY OF INSTITUTIONS*

*Ana Paula Cordeiro Krug¹
Rogério Gesta Leal²*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crise de representatividade e legitimidade em um estado democrático de direito. 3. A subversiva prática corruptiva como patologia divergente dos princípios democráticos. 4. Descrença nas instituições públicas e os reflexos no sistema democrático como decorrência da corrupção. 5. Consideração. Referências.

-
1. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação UNISC. Professora de Processo Penal e Prática Jurídica na UNISC e Processo Penal na UNIVATES, Curso de Direito. Advogada Criminalista.
 2. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade de Buenos Aires. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Titular da Quarta Câmara Criminal.

RESUMO: O presente trabalho tem como tema de estudo a democracia representativa e as fragilidades das instituições democráticas. Como problema central o seguinte questionamento: Qual o desafio da Democracia representativa diante de um cenário de desconfiança nas instituições democráticas? Para responder a problemática levantada, objetivou-se tratar sobre a crise de representatividade e legitimidade em um Estado Democrático, destacando-se o distanciamento do cidadão da esfera pública e a desconfiança nas instituições. Ainda, realizar-se-á uma abordagem sobre corrupção como prática contrária aos princípios democráticos, além disso, segue-se abordando os desdobramentos no sistema democrático como decorrência do fenômeno corrupção. Utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e como método de procedimento será empregado o monográfico, com uso de estatísticas do último relatório disponibilizado pela pesquisa de opinião pública da ONG Latinobarómetro (2018). Conclui-se que a corrupção tem ligação direta com a descrença nas instituições, refletindo no regime democrático e impactando em falência de representatividade. Com efeito, tem-se como desafio mediante as fragilidades das instituições públicas que determinados núcleos andem alinhados na busca da concretização dos anseios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia representativa. Corrupção. Descrédito nas Instituições Democráticas. Informe Latinobarómetro. Desconfiança das Instituições.

ABSTRACT: The present work has as its subject of study the representative democracy and the fragilities of the democratic institutions. As a central problem the following question: What is the challenge of representative Democracy in the face of a scenario of distrust in democratic institutions? To answer the raised issue, the objective was to address the crisis of representation and legitimacy in a Democratic State, highlighting the citizen's distance from the public sphere and distrust in institutions. Still, an approach will be carried out on corruption as a practice contrary to democratic principles, furthermore, it will continue to address the developments in the democratic system as a result of the corruption phenomenon. The deductive approach method will be used and the monographic method will be used as a procedure, using statistics from the last report made available by the public opinion survey of the NGO Latinobarómetro (2018). It is concluded that corruption is directly linked to disbelief in institutions, reflecting on the democratic regime and impacting on the failure of representation. Indeed, it is a challenge due

to the weaknesses of public institutions that certain nuclei are aligned in the search for the realization of social concerns.

KEYWORDS: Representative Democracy. Corruption. Discrediting democratic institutions. Inform Latinobarómetro. Distrust of institutions.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática estudar a democracia representativa e as fragilidades das instituições democráticas. O artigo busca uma resposta à seguinte problematização: Qual o desafio da Democracia representativa diante de um cenário de desconfiança nas instituições democráticas?

O objetivo do trabalho é descrever o desafio da Democracia representativa frente as fragilidades das instituições públicas. Os objetivos específicos buscam tratar sobre a crise de representatividade e legitimidade em um Estado Democrático, demonstrar a corrupção como prática contrária aos princípios democráticos, bem analisar os desdobramentos da desconfiança nas instituições públicas no sistema democrático como decorrência do fenômeno corrupção, usando como parâmetro dados do Informe Latinobarómetro de 2018.

A pesquisa justifica-se pelo fato de que com as mudanças da Democracia e a cada dia vindo mais à tona informações de atos corruptivos nos cenários públicos e privados, com efeito resulta-se o distanciamento do cidadão da esfera pública, gerando-se um sentimento de falta de representatividade e legitimidade. Aliado a isso, a desconfiança e a credibilidade da própria Democracia e das instituições democráticas são objeto de questionamento, o que se revela no Brasil de acordo com a pesquisa ora aventada.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, cuja premissa maior é descrever o desafio da democracia representativa e fragilidade das instituições democráticas frente ao fenômeno corrupção, e o método de procedimento monográfico, desenvolvendo-se o estudo por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, além do processo de visitação no site *Latinobarómetro Opinión Pública Latinoamericana*.

Sobre os fundamentos teóricos, o trabalho será norteadado pelo pensamento de autores como Bobbio, Bonavides, Rogério Gesta Leal, dentre outros.

Com isso, no capítulo inicial será descrita uma evolução histórica, tratando sobre a redemocratização, elementos da representatividade e a falência do modelo de representação política vigente no Brasil, ao passo que autores vão descrever que tem-se no país uma democracia ainda em consolidação. Seguidamente, o tema corrupção ganhará relevo, abordando-se aspectos da sua difícil conceituação e do escamoteamento como característica. Será desenvolvido que a corrupção é fenômeno presente em diversos cenários, dentre eles as instituições democráticas. No terceiro tópico, examinar-se-á a fragilidade e descrença nessas instituições públicas brasileiras e seus reflexos, usando como parâmetro dados do Informe Latinobarómetro de 2018.

2. CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E LEGITIMIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é decorrência dos anseios passados, tendo como base o enfrentamento das arbitrariedades de modelos precedentes. A história mostra que a Democracia passou por muitas mutações desde Atenas, século V a.C até o século XX, momento pelo qual o movimento democrático ganha mais força (LIPSON, 1966). No Brasil, com a Constituição da República e as máximas da igualdade, liberdade e interesses da sociedade, que ergueu-se uma nova proposta de Estado, agora com a democracia como elemento. Sob a égide democrática, estes aspectos terão reflexo sobre a atuação do Estado, assim como nas relações Poderes – Estado – Sociedade (PIRES; NOGUEIRA, 2004).

Bobbio define Democracia como forma de governo, sendo exercido o poder político pelo povo. Assim, a sociedade política passa a ser compreendida “como um produto voluntário dos indivíduos, que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo” (BOBBIO, 2007, p. 64). A Democracia representativa, fundamenta-se no modelo de exercício de poder por representantes do povo eleitos pelo voto. Exercida, então, por meio do sufrágio universal, elege-se representantes para garantir os interesses sociais (BONAVIDES, 2001).

Contudo, mesmo que a democracia representativa busque garantir os interesses sociais, há distanciamento do cidadão da esfera pública e crises de representatividade e legitimidade, bem como descrédito nas instituições, traços que marcam os Estados Democráticos Modernos, incluindo o Brasil.

Como origem destas particularidades, tem-se que é depositado como justificação do Estado a ideia de necessidade por parte da sociedade complexa de se organizar e suprir suas demandas sociais (BONAVIDES, 1984), ao passo que não sendo estas necessidades supridas, propicia-se tal distanciamento.

O Legislativo detém maior legitimidade nas questões da sociedade civil, já que neste poder que se encontram os representantes diretos do povo. Não obstante, não é difícil perceber que os representantes da vontade do povo, não raras vezes, não atuam de acordo com os reais anseios da sociedade, pois não correspondem no tratamento de soluções dos problemas econômicos e sociais que tocam a população. Sob esse enfoque, Leal (2007, p. 26) “A crise de legitimação surge quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas”, e aliada a crise de representação, o autor também descreve outras duas crises:

Identidade e a de eficácia, correlatas da primeira, eis que, em nível de identidade, o Estado passa não mais a distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como mero instrumento de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo; em nível de eficácia, por ter perdido sua legitimidade e identidade, não consegue – e sequer prioriza – atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representa oficialmente (LEAL, 2007, p. 27-28).

Este é o cenário de falência do modelo de representação política vigente. Vale dizer que Martins Júnior (2012) e Sarmento (2002), autores que escrevem sobre corrupção no setor público, enfatizam que a corrupção gera descrença nas instituições democráticas e acima de tudo a perda de legitimidade do Estado.

A própria mídia investigativa nos revela inúmeras denúncias de práticas corruptivas em órgãos públicos e privados, acarretando uma onda de indiferença aos valores democráticos, como demonstrado pelo *Informe Latinobarómetro* de 2018, no qual o Brasil alcança o nível 41% de indiferença ao regime democrático. Ao mesmo tempo a satisfação com a democracia no país atinge singelos 9%, o que significa dizer uma queda de 40% em relação ao ano de 2010 (LATINOBARÓMETRO, 2018).

Com efeito, frente ao cenário político atual, importa o recorte do processo de redemocratização do Brasil, o qual teve início durante período militar por volta dos anos 70 até 1984, quando a ditadura é superada.

Em 1985, com uma eleição indireta, o Congresso elege Tancredo Neves à Presidência, contudo é José Sarney quem assume o poder em face do falecimento daquele. Dentre as ações tomadas, destaca-se a volta da eleição direta para Presidente da República e de Prefeitos nas capitais, bem ainda o voto pelos analfabetos.

Com a Constituição de 1988 em vigor, Constituição Cidadã, o Brasil caminhou para o maior período democrático já experimentado, mesmo que não resultante de desenvolvimento econômico, tampouco justiça social. Este pensamento é evidenciado por Bresser Pereira (1989, www.scielo.br):

Eu sei muito bem que esta nova democracia não trouxe nem desenvolvimento econômico nem justiça social para o País. Mas é importante não ampliar o conceito de democracia, incluindo nele todos os nossos objetivos. A democracia é um tipo de regime político, e não uma utopia. A democracia não é necessariamente o meio mais eficiente para o desenvolvimento econômico e a justiça social.

Em 1990, Fernando Collor é o primeiro Presidente eleito por voto direto do povo após o regime militar, o que demarca um largo período de transição democrática. Não obstante, advém uma fase ainda mais grave de crises econômicas e políticas que emergem no processo de *impeachment* e renúncia do presidente Collor dois anos depois de sua eleição. Bresser Pereira (1989) defende o efetivo processo democrático, mas admite que a democracia ainda não está consolidada. Leal segue a mesma linha referente à democracia como regime em consolidação:

As crises políticas e econômicas que o Ocidente tem sofrido neste século XXI nos demonstra que só podemos falar em Democracia como fenômeno em permanente processo de aperfeiçoamento do poder e seu exercício, a despeito de contar com estrutura conceitual e fundacional bem demarcada – material e formalmente – notadamente pela conquista de Direitos e Garantias Fundamentais Individuais e Sociais (HENNIG LEAL; BRUGGER, 2007). Por tais fundamentos devemos tratar o tema da Democracia (anti-corrupção) como *em consolidação*, reclamando não só governos formalmente democráticos e sustentáveis por coalizações as mais diversas, mas também a participação efetiva de todos os segmentos sociais e institucionais da vida privada possíveis, com mecanismos de controle públicos inafastáveis (LEAL, 2017, p. 307-308).

Mesmo assim, o ideal de princípio democrático é o único regime que outorga legitimidade ao sistema público (JAGUARIBE, 1992). Insta mencionar que o papel das instituições políticas é corresponder às demandas sociais (BOBBIO, 2007), mas como veremos no próximo tópico, a prática corruptiva presente no cenário público e privado será um elemento desviante dos princípios democráticos.

3. A SUBVERSIVA PRÁTICA CORRUPATIVA COMO PATOLOGIA DIVERGENTE DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS

A doutrina internacional, segundo Leal, associa a corrupção “com regimes políticos de baixos índices de liberdade e abertura institucional, que contam com graves problemas relacionados a insuficientes níveis de desenvolvimento humano e confiança interpessoal nas instituições públicas de governo” (LEAL, 2018, p. 469). Significa dizer que é muito frágil a relação de confiança, principalmente em instituições públicas e partidos políticos.

Assim como a Democracia, a corrupção configura um núcleo duro, de difícil conceituação. À frente desta dificuldade em conceituar a corrupção, Nascimento (2014) argumenta que é preciso analisar o contexto histórico-social, bem como realizar uma abordagem em qual ambiente ela está inserida, seja jurídico, econômico, cultural, sociológico, antropológico, policial, político, filosófico ou jornalístico.

Leal (2013) ensina que a corrupção não se retrata com uma conceituação facilmente delimitada, vindo a se apresentar como fenômeno, pois detém de múltiplas facetas. Ainda, este fenômeno dialoga com a ciência jurídica e diversos outros campos de conhecimento, tais como a filosofia, ciência política, economia, dentre outros.

Insta salientar que concomitante ao retorno do regime democrático, a promulgação da Carta Política de 1988 e a globalização, as evidências sobre corrupção começam a se revelar com mais assiduidade. Muito se dá também a maior facilidade de acesso à informação, ainda assim, não se pode afirmar que aumentou os atos corruptivos em relação ao que já tivemos na nossa história anterior. Isso dado que a corrupção sempre carrega uma conotação negativa e como tal atrai uma preocupação com mecanismos de ocultação (SARMENTO, 2002).

Em outras palavras, é particular da corrupção o segredo, a simulação, justamente pela afeição negativa que carrega. Por evidente que os envolvidos

com fenômenos corruptivos (pessoas físicas e jurídicas) também possuem interesses escusos a perseguir, dos quais são vedados pelo sistema jurídico, ético e moral da sociedade, bem como correspondem a práticas que corroem as instituições públicas (SARMENTO, 2002).

Segundo Zambam e Aquino (2015) a tolerância é um valor moral que ao longo da história desenvolveu-se, por exemplo, da evolução organizacional do Estado e da fundamentação de princípios que conduzem legislações, instituições e o próprio agir moral das pessoas em comunidade. Os autores entendem que a tolerância tem poder de construir a identidade humana e política dos períodos futuros, além de ser essencial para a estruturação de equilíbrio e justiça social, como a aceitação pela sociedade da democracia como melhor sistema. Sobre a disseminação da tolerância:

O dever emana do Estado na sua função legislativa, mas não se pode insistir no argumento de que a Tolerância se exaure nessa mencionada ação estatal. É no cotidiano que surgem ações fanáticas impróprias para a disseminação de um ambiente tolerante (ZAMBAM; AQUINO, 2015, p. 370).

Zambam e Aquino (2015, p. 382-383) também sustentam que fatores como controle da informação e de instituições democráticas, além das desigualdades sociais, correspondem a negativa de diálogo, ao passo que “a diferença como fundamento de ambientes democráticos, não sobrevivem, no decorrer do tempo, sem a rigidez da intolerância”.

A corrupção também se impulsiona com a tolerância social. A tolerância acrescida da desigualdade social propiciam o aumento da exclusão social e culturas criminosas que se espalham em todos os setores da sociedade e também das instituições, sejam públicas ou privadas. Em outras palavras, a perspectiva de tolerância da corrupção vai retirando a nossa possibilidade de indignação, arruinando nossa crença nas instituições e destruindo a perspectiva da democracia, uma vez que legitima o segredo, o ato ilícito, retroalimentando-se. Nesse sentido, importa a lição de Leal:

Mesmo com tais dificuldades, novas democracias tiveram de responder – em especial na América Latina – a demandas sociais amplamente represadas, não somente no plano econômico mas também no que diz respeito às liberdades públicas, Direitos Fundamentais Individuais e Sociais, o que ficou demasiadamente restrito às funções de Estado e Governo, sem que a opinião pública fosse chamada a participar, oportunizando maior liberdade para os desvios de finalidade e abuso

de poder cometidos, nestes processos, por agentes públicos e privados (LEAL, 2017, p. 308-309).

Zambam e Almeida (2017) comungam desses entendimentos reverberando:

A estabilidade política, a tolerância, as condições de participação, o financiamento das campanhas eleitorais, os acordos ou consensos, o funcionamento das instituições, a razão pública, a paz, as relações internacionais e o drama da pobreza ou das desigualdades contemplam os temas prioritários escolhidos por Rawls em vista da necessidade de maior justiça social (ZAMBAM; ALMEIDA, 2017, p. 150)

Nesse sentido, Leal (2017, p. 312-314) salienta que a corrupção como patologia estabelecida nas instituições, aliada à convivência social, causa “múltiplos danos tanto ao Estado e à Democracia, como ao bom funcionamento do Mercado em termos de sustentabilidade social”. Certo que tendo a corrupção a consequência de deficits democráticos, da mesma forma há violação de valores democráticos fundamentais, dentre eles a falta de honestidade no processo eleitoral e no sufrágio, com a prática de clientelismo e geração de dívidas de favor entre o mercado e sistema político, práxis que se realimentam (LEAL, 2017).

Feita a abordagem sobre corrupção como patologia divergente dos princípios democráticos, será abordado no próximo tópico sobre as fragilidades das instituições face o fenômeno corrupção, para então responder ao problema de pesquisa proposto.

4. DESCRENÇA NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E OS REFLEXOS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO COMO DECORRÊNCIA DA CORRUPÇÃO

Sobre o papel da confiança política para fins de desenvolvimento do regime democrático, em suma, pode-se dizer que trata-se de segurança procedimental em concepções que atingem a vida das pessoas. A desconfiança, então, guarda relação com a descrença em algo ou alguém. José Álvaro Moisés, estudioso do tema, revela que:

[...] na democracia, as instituições cumprem pelo menos duas funções complementares: a primeira envolve a distribuição do poder de tomar decisões que afetam a coletividade; a segunda assegura a participação dos cidadãos na avaliação e no julgamento que fundamenta o processo de tomada dessas decisões (MOISÉS, 2005, p. 35).

Nesse contexto, como a função das instituições políticas é atender às demandas sociais (BOBBIO, 2007), a descrença política dos cidadãos nas instituições se revela quando do não desempenho dessa função que lhe é própria, pois, ao fim e ao cabo, revela-se como forma que o cidadão detém de garantir seu direito de cidadania.

Linhares (2016) destaca que o fato da população não ter algo que possa avivar esperança, aumenta a descrença nas instituições:

O atual modelo constitucional brasileiro tem dado demonstrações de profundo desgaste junto à população. Como efeito colateral, e na ausência de algo novo visível que possa despertar esperança, aprofunda-se o descrédito do povo nas instituições políticas tradicionais, e, em última instância, na própria democracia (LINHARES, 2016, p. 25).

O autor supramencionado menciona inclusive acerca do descrédito na própria Democracia, o que se confirmará pelas estatísticas do Informe Latinobarômetro que serão aqui apresentadas.

Países menos desenvolvidos não possuem o condão de institucionalizar as diferenças da esfera pública e privada. Nesse ínterim, haveria maior probabilidade de práticas corruptivas em sociedades de baixo e médio desenvolvimento social e econômico, a exemplo da América Latina, refletindo, portanto, no Brasil. De todo modo, Moisés (2010) indica que independentemente do desenvolvimento do país, os atos corruptivos atingem boa parcela de nações democráticas, e ainda reforça o seguinte:

Ademais, sistemas políticos em que os chefes de governo são eleitos diretamente aparecem nas pesquisas como mais associados com níveis agregados de percepção da corrupção. Diferentes estudos mostraram que a influência do presidencialismo para a ocorrência da corrupção é mais forte quando combinado com o sistema de representação proporcional baseado em listas fechadas de candidatos (MOISÉS, 2010, p. 29).

Jaguaribe (1992, p. 202) defende que “um sistema público se justifica em função de pretender, nas condições de cada sociedade e de cada momento histórico, proporcionar uma ordenação pública e uma atuação administrativa que otimizem os interesses sociais prevalentes”. O autor realça que o ideal de princípio democrático é o único regime que permite legitimidade ao sistema público, com o que a redemocratização corrobora com esta alegação.

Como fenômeno social, complexo e global, a corrupção percorre relações privadas, públicas e público-privado, mas, com efeito, a corrupção na política e na administração pública, vai se revelar como a mais prejudicial no Brasil. Frisa-se que um dos principais pontos que dificultam o enfrentamento à corrupção é a cultura da impunidade ainda enraizada no país (LEAL, 2013).

No tocante ao Brasil e frente as fragilidades institucionais, a quebra de confiança se intensifica porque a confusão entre público e privado sempre esteve presente desde o advento da família real no ano de 1808, onde o Estado brasileiro e a Coroa eram indivisíveis (GARCIA, 2013). Faoro (2008, p. 819) ao afirmar que “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente”, revela que as condutas políticas até hoje praticadas, englobam além do patrimonialismo, a constituição de um modelo de organização que no decorrer da história fundiu os espaços público-privado, contribuindo para sua indistinção.

Aliada a esta prática, o país foi sendo tomado por corporações - muitas delas criminosas - e partidos que não representam a sociedade civil. Nesse ambiente a descrença nas instituições vai ter uma importância significativa, uma vez que desacompanhada da participação política democrática. Segundo José Morais (2014), há uma desvirtuação da democracia representativa, no sentido de que a representatividade implica controle pelo povo, controle pelo qual não existe para o autor. Acrescenta que em cada país, a tripartição dos poderes esconde em verdade o comando absoluto do partido mais dominante daquele momento, sendo capaz de controlar todos os poderes: presidência, governo, assembleia e judiciário.

Frequentemente a democracia e a corrupção são temas aferidos em índices que medem suas percepções pela população. E neste trabalho, toma-se o cuidado em reconhecer a importância destas pesquisas, sem esquecer que os dados indicam “percepção” e não representam exame esclarecido e aprofundado dos mecanismos aplicados, pois demandariam uma pesquisa mais ampliativa, o que não é o objeto do artigo.

Vale apontar sobre o caso do *impeachment* do presidente Fernando Collor, em que as pesquisas de opinião realizadas à época foram essenciais para mostrar o descontentamento da população com as autoridades, propiciando terreno para a mobilização popular a fim de punições. Consequentemente influenciou no fato da corrupção ir para o topo das

preocupações da sociedade brasileira, gerando pressão às instituições para as demandas da sociedade civil (SCOTT *apud* ECHEGARAY, 2001, p. 65).

Para Bonavides (1994), a opinião pública não se molda em definição precisa, pois autores lhe delineiam como opinião de todo o povo ou de uma classe dominante, bem ainda de um grupo instruído, por exemplo. O autor faz referência a Bakunin que entende a opinião pública como o maior poder social, sendo superior inclusive ao Estado, à Igreja, ao Código Penal. Bonavides (1994, p. 449) destaca ainda sobre o poder da opinião pública ao mencionar que “Sendo a opinião pública a mais eficaz forma de presença indireta do corpo social na formação da vontade política, não é de admirar que sua excepcional força haja sido já proclamada e reconhecida por governantes, filósofos e cientistas políticos, do século XVIII aos nossos dias”. Aqui, está a citar, por exemplo, Hegel, Perez Beneyto, Necker, com o que para este último, a opinião pública era mais forte do que a lei (BONAVIDES, 1994).

Nesse sentido, mesmo que o recorte deste trabalho não englobe os mecanismos aplicados na pesquisa ora em análise, evidencia-se a relevância das informações trazidas através destas aferições, tendo em vista que tornam-se um instrumento para a Política Jurídica, na medida em que seja vista como o campo onde encontram-se os anseios e descontentamentos da sociedade.

Na pesquisa em apreço, Relatório de 2018 do Latinobarômetro, foram aplicadas 20.204 entrevistas presenciais em 18 países, durante o período de 15 de junho e 02 de agosto de 2018. Ressalta-se que foram enquadradas na pesquisa amostras representativas da população nacional de cada país, com o que relativo ao Brasil abarcou 1.204 entrevistados maiores de 16 anos de idade. A estimativa de erro equivale ao máximo de 2,8%, o que representa um coeficiente de 95% de confiança da pesquisa, segundo informe metodológico do relatório (LATINOBARÓMETRO, 2018).

Analisando os dados do Relatório de 2018 do Latinobarômetro, tem-se que não há o que se comemorar. O relatório mais atualizado da Organização não governamental revela que no Brasil as quatro instituições com maior nível de confiança são: Igreja, Forças Armadas, Polícia e Eleitoral. Dentre as instituições privadas, os meios de comunicação foram considerados mais confiáveis para os brasileiros. A pesquisa indica os partidos políticos em último lugar em grau de confiabilidade, alcançando ínfimos 6%. A situação, como indicada pelo estudo da ONG, é

“emblemática”, uma vez que os países com baixo percentual de confiança nas instituições (como ocorre com o Brasil), são mais vulneráveis, vez que “supera las ideologías, la economía y la sociedad. Es una crisis de integración social, sin confianzas” (LATINOBARÓMETRO, 2018, p. 55-56).

A percepção da população brasileira de que a corrupção é o segundo colocado, atrás da saúde, entre os principais problemas do país, como indicado no Relatório Latinobarómetro (2018), apenas confirma que as práticas corruptivas fragilizam a confiança em face das instituições públicas, o que reflete na Democracia. Moisés (2010, p. 27) assevera que “A corrupção é um dos problemas mais sérios e complexos que assolam as novas e velhas democracias”.

O relatório Latinobarómetro no questionamento de “confiança no governo” demonstra que o Brasil alcançou meros 7%, ficando em último lugar de todos os países latino-americanos examinados (LATINOBARÓMETRO, 2018) Pelo estudo realizado, os brasileiros não confiam no governo e entendem que se governa para um seletivo grupo de poderosos, e não para o bem de todo o povo. No mais, em uma pesquisa de opinião, o ideal seria que os questionados respondessem levando em conta somente o interesse comum, assim como os elementos dos questionários só podem vingar dentro de uma racionalidade discursiva quando analisadas também o momento histórico em apreço (BIGNOTTO, 2011).

Importante a lição trazida por Bignotto (2011, p. 23) quando aduz que “não podemos nos esquecer que quando falamos em opinião pública estamos no terreno das ideias gerais, talvez até mesmo das noções adquiridas e solidificadas pela vivência na rena pública, mas não de conceitos e argumentos puramente racionais”. O autor vai salientar que a tarefa de responder de acordo apenas com o interesse social se torna extremamente difícil em uma sociedade capitalista e marcada por valores liberais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do tema proposto, iniciou-se o presente trabalho com a pesquisa sobre a crise de representatividade e o descrédito nas instituições democráticas, perpassando sobre o contexto da redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, tratou-se sobre a prática corruptiva como patologia, elucidando aspectos deste fenômeno do qual detém de múltiplos sentidos e de como é divergente dos princípios democráticos,

momento em que também foi mencionado sobre a difícil tarefa de conceituação de corrupção e democracia.

Ademais, com o auxílio de pesquisas da ONG Latinobarômetro, foi realizada análise dos desdobramentos da desconfiança nas instituições públicas e os reflexos no sistema democrático como decorrência da corrupção.

Conclui-se que a corrupção não constitui privilégio de uma democracia ou tirania, ela não tem tamanho nem preço, não tem classe nem seguimento social. A corrupção é um fenômeno que diz respeito a defraudação dos sistemas normativos que regulam as relações sociais.

Assim, quando as instituições não efetivam suas funções, aliado ao desvirtuamento no senso ético da coisa pública e a prática de atos corruptivos de forma geral, fomenta-se a desconfiança nas instituições, assim como crises de representatividade e produção de *déficits* democráticos incomensuráveis.

Entendeu-se que a corrupção tem estrita ligação com a desconfiança nas instituições, refletindo no regime democrático e, conseqüentemente, impactando na concretização do Estado Democrático de Direito. Verificou-se que é emblemática a situação do Brasil frente as pesquisas trazidas para este estudo, vez que o país aparece em grande parte nos piores indicadores, dos quais se destacou (negativamente) com alto índice de indiferença ao regime democrático e baixa confiança nas instituições. Nota-se que ainda arraigados ideais religiosos, haja vista que a Igreja aparece como instituição que os brasileiros detém percentual grande de confiança, enquanto partidos políticos ficam com o último lugar em nível de confiabilidade.

Evidenciou-se, que mesmo com a democracia sendo associada à corrupção, o ideal de princípio democrático é o único regime que outorga legitimidade ao sistema público. E a despeito da promulgação da Carta Constitucional de 1988, tem-se que ela, sozinha, não detém da prerrogativa de realizar uma mudança social, já que configura um elemento (relevante), mas não o único para uma real mudança.

Com efeito, e respondendo a problemática provocada, sem esgotar as possibilidades acerca da temática, o desafio da Democracia representativa em um contexto de descrença nas instituições se anuncia com uma

maior atuação da sociedade, pelos meios já existentes e por novos, a conscientização política e o desempenho dos representantes políticos, para que estes núcleos andem na mesma direção, vez que estamos em um presente não só democrático, mas também plural.

Não se olvida a importância das pesquisas de opinião pública, não obstante buscou-se também pontuar que o ideal seria que as pessoas questionadas respondessem de acordo apenas com o interesse comum, o que se torna problemático em uma sociedade capitalista e definida por preceitos liberais. Salienta-se, também, que a análise de índice de percepção pode auxiliar a desvelar causas da corrupção, uma vez que são múltiplas as razões e seus fatores desencadeantes são de difícil percepção, em face da natureza ilegal e secreta.

Por fim, importa salientar que o Estado, como espaço de representação e apresentação, deve assegurar mecanismos de interligação e de responsabilização nos casos de condutas corruptivas, pois onde não há responsabilização, também não há confiança.

REFERÊNCIAS

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ECHEGARAY, Fabián. O papel das pesquisas de opinião pública na consolidação da democracia: a experiência latino-americana. *Revista opinião pública*, Campinas, v. 7, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v7n1/16933.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 7. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JAGUARIBE, Hélio (org). *Sociedade, Estado e partidos na atualidade brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Nov. 2018. Santiago Chile. Disponível em: http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. *Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos*. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba: 2017.

_____. Efeitos predatórios da corrupção no mercado e na sociedade civil: alguns indicadores. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: 2018. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2018V116P467

_____. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LINHARES, Emanuel Andrade. Paulo Bonavides e o direito constitucional de terceira geração: a democracia participativa como elemento de repolitização da legitimidade do modelo constitucional brasileiro. In: LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado (Orgs.). *Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. [recurso eletrônico]. 1. ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Improbidade Administrativa: Causas, Efeitos, Sujeitos e Tipos na Atualidade*. *Justitia*, São Paulo, 68-69, p. 229-237, jan./dez. 2011-2012.

MOISÉS, José Alvaro. *A corrupção afeta a qualidade da democracia?* Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3160/2010_moisés_corrupcao_afeta_qualidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *A desconfiança nas instituições democráticas*. *Opinião Pública*. Campinas: 2005. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641198/870>. 6. Acesso em: 30 jul. 2019.

MORAIS, José. *Alfabetizar para a democracia* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Penso, 2014.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In: *Lei Anticorrupção Empresarial - Aspectos Críticos à Lei Nº 12.846/2013*. São Paulo: Fórum, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Ideologias econômicas e democracia no Brasil*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 3, n. 6, ago. 1989. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000200004>. Acesso em: 06 ago. 2019.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da administração pública e tendências a luz do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 45, p. 243-282. 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1296/1228>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

ZAMBAM, Neuro José. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. *Revista da AJURIS* – v. 42 – n. 137 – mar. 2015, p. 365-385. Disponível em <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/389/323>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ZAMBAM, Neuro José. ALMEIDA, Ricardo de Oliveira de. O liberalismo político de John Rawls: a missão de educar a juventude para a democracia no Séc. XXI. *Quaestio Iuris*. vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 1500-1516.

RECEBIDO EM: 25/05/2020
APROVADO EM: 05/08/2021

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE BENS PÚBLICOS URBANOS: DIFICULDADES, GARANTIAS E DESTINAÇÃO SOCIAL DOS BENS IMÓVEIS DA UNIÃO

*LAND REGULARIZATION OF PUBLIC URBAN PROPERTIES: DIFFICULTIES,
GUARANTEES AND SOCIAL DESTINATION OF THE UNION'S REAL ESTATE*

*Zenildo Bodnar¹
Arthur Marques Teixeira²
Valdez Adriani Farias³*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Imóveis da união e o cumprimento da função social da propriedade. 2. Regularização fundiária e regularização fundiária

1. Pós Doutor em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutor em Direito Ambiental pela Universidad de Alicante - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Mestre em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Foi Juiz Federal e atualmente é Registrador de Imóveis.
2. Pós-graduando em Direito Imobiliário, Urbanístico, Notarial e Registral pela Universidade de Santa Cruz – UNISC. Escrevente no Registro de Imóveis de Santa Maria/RS.
3. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, foi Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Incra e atualmente é Chefe da Procuradoria Regional da PFE/Incrá em Santa Catarina. É Procurador Federal.

dos bens públicos. 3. Regularização fundiária dos bens imóveis da união. 4. conclusão. Referências.

RESUMO: A Regularização Fundiária, apesar de não ser um tema novo, comporta perspectiva inéditas de abordagem considerando as múltiplas realidades e a grande quantidade de assentamentos informais localizados nas áreas públicas da União, as quais nem sempre cumprem com as suas finalidades sociais. Assim, considerando que o Poder Público também é destinatário do dever de cumprimento da função social da propriedade, incumbindo-lhe igualmente implementar políticas públicas, questiona-se, nesta pesquisa, em que medida a Regularização Fundiária de Bens Públicos se torna instrumento hábil de governança a fim de garantir o direito à moradia digna e o desenvolvimento urbano sustentável. Deste modo, o objetivo do artigo é analisar a Regularização Fundiária de Bens Públicos enquanto instrumento hábil de governança a fim de garantir o direito à moradia digna e o desenvolvimento urbano sustentável no contexto complexo de vulnerabilidade urbana. Para tanto, inicialmente, realiza uma abordagem dos elementos caracterizadores da Função Social da Propriedade à luz da Constituição Federal e prossegue com a análise da possibilidade de Regularização Fundiária de bens públicos urbanos. Por fim, examina a aplicação deste instituto em imóveis de propriedade da União. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, método de procedimento histórico e pesquisa exploratória. Como resultado da pesquisa, identifica-se a importância da atuação estatal na efetivação do Direito à Moradia Digna, especialmente através da possibilidade de Regularização Fundiária de imóveis públicos, sobretudo da União pela quantidade de imóveis que podem ser destinados.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Bens Públicos. Função Social da Propriedade. Imóveis da União. Regularização Fundiária.

ABSTRACT: Land Regularization, despite not being a new topic, involves unprecedented approach perspectives, considering the multiple realities and the large number of informal settlements located in Federal Government public areas, which do not always fulfill their social purposes. Thus, considering that the Public Power is also the recipient of the duty to fulfill the social function of property, and is also responsible for implementing public policies, it is questioned, in this research, to what extent the Land Regularization of Public Goods becomes a skillful instrument of governance in order to guarantee the right to decent housing and sustainable urban development. The objective of the article is to analyze Land Regularization of Public Properties as a

skillful instrument of governance in order to guarantee the right to decent housing and sustainable urban development in the complex context of urban vulnerability. Initially, it approaches the elements that characterize the Social Function of Property in the light of the Federal Constitution and proceeds with the analysis of the possibility of Land Regularization of urban public properties. Finally, it examines the application of this institute in properties owned by the Federal Government. The deductive approach method, historical procedure method and exploratory research are used. As a result of the research, the importance of state action in the realization of the Right to Decent Housing is identified, especially through the possibility of Land Regularization of public properties, especially from the Federal Government due to the amount of properties that can be used.

KEYWORDS: Public Administration. Public Properties. Social Function of Property. Federal Government Properties. Land Regularization.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal trouxe consigo o marco definitivo do Princípio da Função Social da Propriedade em nosso ordenamento jurídico. Este princípio parte da noção de que a sociedade deve contribuir com o bem-estar da coletividade, não se atendo apenas a interesses estritamente individuais.

O cumprimento da Função Social de propriedades públicas deve estar atrelado às responsabilidades e obrigações do Estado para com a sociedade. Desse modo, a destinação e o uso dos bens públicos têm como uma de suas finalidades colaborar para a redução das desigualdades sociais e territoriais, bem como promover a justiça social, através da garantia do Direito à Moradia Digna e à Cidade Sustentável.

Neste contexto, importante registrar o elevado déficit habitacional brasileiro. Não há dados oficiais atualizados, tendo em vista que o Censo 2020 foi adiado, em decorrência da pandemia da Covid-19⁴, e o último Censo realizado pelo IBGE foi no ano de 2010. Estudo realizado pela Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, elaborado segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, apontou um cenário aproximado com números de 2015:

4. A pandemia de coronavírus levou o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) a adiar a realização do Censo demográfico, que seria iniciado no dia 01 de agosto de 2020.

Esse levantamento indicava que havia, naquele ano, um déficit absoluto de 6.356.000 habitações no Brasil. O adensamento excessivo respondia por 5,2% do déficit – ou seja, por 330.512 habitações. E a coabitação, por 29,9% do déficit – isto é, por 1.900.444 moradias (MARQUES, 2020).

Portanto, em face desse elevado déficit habitacional e no contexto da informalidade fundiária urbana, que traz consigo dificuldade de acesso aos direitos fundamentais de propriedade e moradia, além da necessidade de destinação social dos bens imóveis da União, torna-se fundamental avaliar a Regularização Fundiária enquanto estratégia apta a efetivar políticas públicas.

Assim, delimita-se este trabalho no dever fundamental do Poder Público, especialmente na União, no cumprimento da função social da propriedade que atualmente e na implementação do conjunto de políticas públicas e de direitos fundamentais relacionados com a regularização fundiária, destacadamente o amplo acesso à moradia digna.

A necessidade eminente de reconhecer e legalizar as ocupações irregulares nas cidades alcança muitas esferas da sociedade. Assim, a regularização de tais áreas devem ser planejadas em um viés de cooperação entre municípios, registradores de imóveis, sociedade civil e União.

Frente a grande problemática envolvendo o tema, onde a informalidade é a regra, cabe perquirir, em que medida a Regularização Fundiária de Bens Públicos pode efetivamente contribuir enquanto instrumento adequado de boa governança a fim de garantir a o direito à moradia digna e o desenvolvimento urbano sustentável? A partir dessa problematização, o objetivo geral deste estudo é analisar a Regularização Fundiária de Bens Públicos enquanto instrumento hábil de governança com potencial para contribuir com a efetividade do direito à moradia digna e o desenvolvimento urbano sustentável frente a complexidade das irregularidades urbanas. Os objetivos específicos são: a) analisar o cumprimento da função social da propriedade da união; b) Caracterizar a Regularização Fundiária e demonstrar a sua aplicabilidade em Bens Públicos; c) destacar a importância da Regularização Fundiária em bens imóveis da União a fim de redirecionar o desenvolvimento das cidades do país na tentativa de proporcionar mais adequado e consequente uso da estrutura urbana.

Esse objeto de estudo tem por justificativa e relevância social, a necessidade de elucidar e compreender a insustentabilidade urbana

decorrente das ocupações irregulares a fim de disseminar a busca pela a efetivação do princípio constitucional da Função Social da Propriedade a partir do instituto da Regularização Fundiária de bens públicos, especialmente no que diz respeito aos imóveis de propriedade da União.

Para tanto, estabeleceu-se como método de abordagem o dedutivo, método de procedimento o histórico e técnica de pesquisa exploratória, a fim de se aferir a efetivação do princípio constitucional da Função Social da Propriedade a partir do instituto da Regularização Fundiária de bens públicos, especialmente no que diz respeito aos imóveis de propriedade da União. Assim, fundamenta-se em uma pesquisa predominantemente bibliográfica, uma vez que serão consultadas obras relativas aos pontos em estudo para avaliar os institutos jurídicos em questão, buscando-se compreender melhor a intensa relação entre propriedade pública, moradia e regularização fundiária, também a partir da análise da Lei 13.465/2017.

A partir da aprovação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a Regularização Fundiária e a urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda passaram a ser diretrizes gerais da Política Urbana

O trabalho foi dividido em três seções. Inicialmente, realiza uma abordagem dos elementos caracterizadores da Função Social da Propriedade à luz da Constituição Federal. Prossegue com a análise da possibilidade de Regularização Fundiária de bens públicos. Por fim, examina a aplicação deste instituto em imóveis de propriedade da União.

1. IMÓVEIS DA UNIÃO E O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao analisar o tratamento da legislação, normas e procedimentos administrativos sobre a identificação e delimitação dos bens imóveis da União, inicialmente, deve-se ter uma visão geral do que são bens públicos. Neste diapasão, cumpre destacar que são os bens pertencentes à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, que se subdividem em bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais⁵ (CAZETTA, 2002, p. 16).

5. O Código Civil Brasileiro trata expressamente da classificação de bens públicos em seu Artigo 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

De toda maneira, em uma análise com maior rigor técnico, faz-se necessário mencionar que o critério utilizado para a referida classificação é a destinação ou a afetação do bem, onde os bens de uso comum do povo ou de domínio público são aqueles destinados à utilização pública e coletiva, sendo que é o povo que deles usufrui (PEREIRA, 2017, p. 55).

Já os bens de uso especial ou do patrimônio administrativo destinam-se à execução dos serviços públicos. Os bens dominicais, do patrimônio disponível ou fiscal, por sua vez, não são aplicados ao uso comum nem ao especial, carecendo de destinação pública específica. Assim, podem ser empregados para qualquer fim, inclusive alienação (PEREIRA, 2017, p. 55).

Normalmente submetidos ao regime de Direito Público, os bens públicos são administrados e gerenciados pela Administração Pública. Sua gestão se dá através de preceitos legais genéricos, bem como por normas regulamentares específicas, para que se cumpram os direitos constitucionalmente fixados (NASCIMENTO, 2013, p. 56).

Desse modo, a utilização e conservação dos bens públicos está sujeita à destinação natural ou legal da coisa. Este entendimento, em seu amplo sentido, alcança a alienação dos bens que se demonstram inúteis ao domínio público e à aquisição de novos bens, quando essenciais ao serviço público (ROCHA, 2005, p. 55).

Desse modo, as várias formas de uso e ocupação do solo integram a categoria dos bens imóveis, que podem ser casas, edifícios (residenciais ou comerciais), monumentos, indústrias, praças, entre outros. Acrescentam-se a esta lista bens naturais, como a Mata Atlântica, o espaço aéreo, jazidas e recursos minerais existentes no subsolo (NASCIMENTO, 2013, p. 18).

Nesse íterim é que se problematiza a noção de bens imóveis da União no paradigma do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal, em seu capítulo II, artigo 20, traz a definição dos bens pertencentes à União:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A respeito do tratamento constitucional dos bens imóveis da União, cabe referir que a Constituição Federal apresenta um rol de preceitos que devem ser aplicados à propriedade pública a fim de atender seu interesse social. Tais disposições dizem respeito a direitos fundamentais como à Moradia e ao Meio Ambiente, que estão intimamente ligados ao princípio da Função Social da Propriedade, que norteia a Política Urbana e rural (PAGANI, 2007, p. 31).

O advento da Constituição Federal propiciou a revolução de paradigmas no que tange ao instituto da propriedade. Exemplo disso é que o cumprimento da sua função social foi anteposto em detrimento do

poder de uso ilimitado e incondicionado dos bens. Desse modo, o Direito de Propriedade passou a ser limitado pelo princípio da Função Social, atendendo, simultaneamente, aos interesses do proprietário e aos coletivos (NASCIMENTO, 2013, p. 20).

A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, o Direito de Propriedade, desde que respeitada sua Função Social. Ou seja, o ordenamento constitucional prevê que pesa sobre a propriedade uma hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente, não se garante aquele direito. Veja-se, a propósito, decisão proferida pelo STF em sede de ADI nº 2213: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente [...], legitimar-se-á a intervenção estatal...”.

Em consonância com os demais princípios constitucionais, a Função Social da Propriedade é disciplinada pelo Direito Público e é o mandamento principal do regime da propriedade. De acordo com o texto constitucional, toda e qualquer propriedade, pública ou privada, deve estar submetida a este princípio, de modo que tal comando diretivo também se aplica aos imóveis da União. Entende-se por função social da propriedade como uma obrigação inerente às propriedades, de forma que seu uso deve atender, não só os direitos individuais, mas também ao interesse público (PEREIRA, 2017, p. 57).

Conforme Silva (2017, p. 134):

[...] a Constituição determina que a propriedade deve cumprir a função social e somente ela será protegida pelo ordenamento jurídico. Assim, ao poder público não é dado ter bens sem serventia. A propriedade pública só seria justificada na medida em que esses bens são necessários à satisfação do interesse público. Se o poder público, proprietário de um bem, não cumprir sua função social, tal bem não seria protegido.

O cumprimento da Função Social da Propriedade Pública deve estar atrelado às responsabilidades e obrigações do Estado brasileiro para com a sociedade. A destinação e o uso dos bens públicos pertencentes à União devem ter, entre seus objetivos, o de contribuir com a redução das desigualdades sociais e territoriais, promovendo a justiça social, a fim de garantir o Direito à Moradia Digna e o desenvolvimento social local (PEREIRA, 2017, p. 58).

Diante do exposto, levando-se em conta as dificuldades legislativas e a classificação dos bens públicos, convém destacar que a propriedade não deve ser vista sob o prisma do direito individual, mas como portadora de uma função essencial de justiça coletiva. Via de regra, este instituto jurídico representa a harmonização entre interesses individuais e coletivos, visando a assegurar que a garantia constitucional do Direito à Propriedade só deixe de ser exercida se representar um ato contra o interesse coletivo. Dessa forma, os bens imóveis da União, em geral, não podem ser utilizados, gozados ou dispostos, se não em prol do proveito coletivo (NASCIMENTO, 2013, p. 23).

Com base no princípio constitucional da Função Social da Propriedade, todos os imóveis da União devem ser utilizados de forma a proteger e reconhecer os direitos da sociedade brasileira como um todo, priorizando seu viés socioambiental. Assim, para identificar o uso e a destinação mais adequados dos bens imóveis da União, deve-se objetivar a proteção de direitos socioambientais, a partir de instrumentos legislativos que tratam da Política Urbana, Fundiária e Agrária, bem como da Política do Meio Ambiente (PEREIRA, 2017, p. 60).

A atual crise urbana brasileira, caracterizada principalmente por mazelas como desigualdade, desemprego e informalidade, em conjunto com a redução dos investimentos em políticas públicas, teve como consequência o aumento da população moradora de favelas, da pobreza urbana, da violência na cidade, entre outras desvantagens.

No Brasil, constata-se que há uma luta histórica por implementação de moradia digna, as políticas habitacionais iniciadas, ainda partir de 1920, estavam vinculadas às caixas e aos institutos de aposentadoria e pensão (CAPs/IAPs). Já, a partir de 1946 com a Fundação da Casa Popular (FCP), ainda em 1960, surge a criação do Sistema Nacional de Habitação (SNH). Ainda nessa tentativa constante de garantir o direito à moradia digna, em 1999, foi criado o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), dentre muitas outras políticas públicas até os dias atuais (KUJAWA; ZAMBAM, 2018, p. 02).

Contudo, apesar de todos os avanços e conquistas, ainda subsistem muitos desafios, os quais tendem a ser ainda mais acentuados no atual contexto econômico intensamente afetado pela Pandemia Mundial.

Estes fatos, agregados à crescente taxa de urbanização, questiona-se acerca da viabilidade da utilização da propriedade pública na superação

desta situação (NASCIMENTO, 2013, p. 24). A sujeição da Administração Pública ao atendimento das questões sociais influencia nas relações jurídicas de domínio público. Di Pietro (2003, p. 25) analisa tal situação, destacando que não se trata de um pleonasmo falar em Função Social da Propriedade Pública pois, ainda que o Estado esteja vinculado ao interesse público, o patrimônio público também está.

Dessa forma, na próxima seção, abordar-se-á a Regularização Fundiária de bens públicos visando ao bem-estar social sustentável, levando em consideração as diferenças regionais, sociais, econômicas e culturais entre os diversos segmentos da sociedade brasileira.

2. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SUA APLICAÇÃO AOS BENS PÚBLICOS

A História brasileira é marcada pela concentração de terras nas mãos de poucos, fato que contribuiu diretamente na migração do campo para a cidade. Com a concentração de multidões de pessoas nos centros urbanos, houve a superlotação das periferias, sem amparo às necessidades de moradia, emprego, educação e transporte (NASCIMENTO, 2013, p. 20).

O êxodo rural, ocorrido entre 1960 e 1980, alterou profundamente as características da sociedade brasileira. Neste período, a população residente em áreas urbanas dobrou, passando de 40 a 80 milhões de pessoas.

Nesse contexto, era possível observar que os padrões da legislação urbanística davam preferência às famílias de alta ou média renda no que tange ao Direito à Moradia. Cumpre referir que o acesso ao solo pelas pessoas em situação de vulnerabilidade se dava pela “lógica da necessidade”, ou seja, a organização territorial das cidades acontecia de forma a impedir o seu crescimento sustentável (CARDOSO, 2010, p. 37).

Atualmente, o acesso à propriedade continua tendo significado crucial na sociedade, de forma que terra ainda significa poder e riqueza e, sua falta, exclusão. Desse modo, é do Estado o papel decisivo de atender à demanda daqueles que são excluídos do acesso à propriedade pelas vias formais do mercado, devendo garantir o Direito Fundamental de Moradia à população (NASCIMENTO, 2013, p. 22).

As alterações promovidas pelo advento da Constituição Federal de 1988 inauguraram o termo “Estado Socioambiental”, afirmando a constituição de um Estado Social que reconhece direitos fundamentais

e disponibiliza ferramentas jurisdicionais para sua garantia (PAGANI, 2007, p. 122).

Através da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, o Direito à Moradia, foi consagrado como Direito Social, sendo atualmente previsto no artigo 6º, IV, da Constituição Federal (CARDOSO, 2010, p. 53). Seus artigos 182 e 183 foram inovadores no que diz respeito à Política Urbana, que ganhou seu próprio capítulo, ao inaugurarem um novo regime jurídico da propriedade urbana no Brasil. Foram consolidados importantes instrumentos de Política Urbana, como a usucapião e a concessão de usos especiais para fins de moradia de imóveis privados e públicos de até 250m², utilizados como única moradia de seus possuidores, sem oposição (PAGANI, 2007, p. 123).

Ainda sobre o viés constitucional, importante anotar que a par do direito de propriedade (art. 5º, XXII), que exige cumprimento da função social (art. 5º, XXIII), o art. 5º, *caput* da Constituição Federal garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, na forma da lei, o acesso à propriedade de forma inclusiva.

Nessa esteira, o instituto da Regularização Fundiária surge como um dos principais instrumentos de acesso à propriedade e garantidor do Direito Social à Moradia que, para ser concretizado, presume a atuação estatal. Tal instituto parte do princípio constitucional garantidor da Função Social da Propriedade, seja ela pública ou privada (SILVA, 2017, p. 138).

A Regularização Fundiária é um processo que envolve medidas ambientais, urbanísticas e sociais, garantindo a regularização de assentamentos informais e clandestinos de áreas ocupadas irregularmente. Tais assentamentos podem ser invasões e ocupações de áreas públicas e privadas, favelas ou condomínios de luxo (ALFONSIN, 2001, p. 47).

Conforme o próprio termo indica, a Regularização Fundiária tem por missão tornar regular uma situação de ocupação de terras que se destaca por estar em desconformidade com o ordenamento jurídico. Assim, traz à legalidade situações que, apesar de ilegais em sua origem, merecem ser harmonizadas com a norma jurídica, constituindo política pública de caráter necessário e permanente (BEZERRA, 2018, p. 8).

Neste sentido, o instituto da Regularização Fundiária objetiva a concretização de princípios constitucionais, garantindo efetivo acesso

à propriedade, tendo como fio condutor o da Dignidade da Pessoa Humana. Visa a garantir o equilíbrio urbano e ambiental, tutelando a ordem urbanística e os direitos dos cidadãos moradores de loteamentos irregulares e clandestinos. Este instituto representa importante mecanismo de democratização do espaço urbano, transcendendo a concessão do título de propriedade, com enfoque na ruptura da dicotomia entre o espaço formal e informal (CARDOSO, 2010, p. 58).

Sobre a amplitude e importância da Regularização Fundiária, enfatiza Bodnar (2017, p. 109) que este instituto é a diretriz da concretização da cidade sustentável, não se relacionando meramente com a regularização tabular (direito de propriedade), mas também contemplando medidas a serem implementadas em diversas perspectivas.

Assim, aborda questões centrais sobre os problemas urbanos, bem como apresenta ferramentas para minimizá-los. Verifica-se que a pluralidade de seus efeitos se coaduna com a necessária implementação de mecanismos capazes de direcionar a urbanização a padrões democráticos. Também se relaciona à premissa histórica da busca de uma cidade sustentável, de forma a compreender a problemática dos contornos urbanos (NASCIMENTO, 2013, p. 61).

Resta claro que os bens públicos compreendem não apenas imóveis passíveis de cumprir sua função arrecadadora, como também imóveis com importante função socioambiental, sem que um prevaleça sobre o outro. Mais do que isso, trata-se, conforme observa a Constituição, de identificar corretamente a função, ou melhor, a vocação do imóvel, e fazer com que esse propósito seja cumprido (CARDOSO, 2010, p. 67).

Nessa perspectiva, observa-se que a Regularização Fundiária, enquanto diretriz na busca por uma cidade sustentável, não diz respeito apenas à regularização tabular, relativa ao direito de propriedade, mas contempla um conjunto de medidas a serem implementadas em diversas perspectivas. Para que se atenda ao interesse público, no que diz respeito aos bens públicos, deve ser observado o Direito à Moradia Digna (MOREIRA, 2018, p. 88).

Dessa forma, ressalta-se que a sociedade brasileira, os agentes e as instituições públicas têm a responsabilidade de assegurar que a destinação e o uso dos bens públicos atendam à Função Social da Propriedade (TARTUCE, 2018, p. 8). Nesse sentido, observa-se que a Regularização Fundiária deve atender dois aspectos importantíssimos: o jurídico, que visa

a garantir a segurança da moradia por meio da titulação; e o urbanístico-ambiental, que busca munir de infraestrutura os assentamentos e ocupações, a fim de garantir o Direito à Moradia Digna e a preservação ambiental (CARDOSO, 2010, p. 65).

Uma das importantes mudanças trazidas por esse novo ordenamento é a provocação do poder público local para que adote postura proativa na promoção da Regularização Fundiária, visando a simplificar e desburocratizar o processo. Além disso, observa-se que a legislação ampliou o alcance do instituto ao considerar todos os núcleos informais com usos e características urbanas, ainda que situados em zonas rurais (SILVA, 2017, p. 131).

O marco legal urbano vigente exigiu mudanças na gestão do patrimônio público, a partir da revisão do papel da Administração Pública. Isto também se aplica aos bens públicos, especificamente no que diz respeito aos imóveis. Consequência disso foi a democratização do acesso à propriedade pública, em razão de seu caráter social, ambiental, cultural e econômico (MOREIRA, 2018, p. 102).

Dessa forma, destaca-se que, na relação entre a gestão dos bens públicos e a realização do Direito à Moradia, a destinação e o uso dos imóveis públicos devem estar respaldados em um processo democrático e participativo de gestão patrimonial. No caso de assentamentos informais de baixa renda situados em áreas públicas há, por vezes, interesses públicos conflitantes, como no caso de áreas destinadas a hidrelétricas, rodovias, áreas de proteção ambiental ou áreas verdes. Face às sobreposições de interesses, é importante definir os critérios e procedimentos para a tomada de decisões (NASCIMENTO, 2013, p. 61).

Quando o processo de Regularização Fundiária envolve áreas públicas, deve ser considerada a preponderância do interesse público na manutenção do domínio público de áreas já ocupadas ou vazias com vocação para moradia. Dessa forma, vale ressaltar que o processo de Regularização deve ser guiado por meio da articulação de cinco eixos: administrativos, cadastrais, urbanístico-ambientais, jurídico-cartoriais e de gestão democrática, para que, assim, possa-se efetivar a garantia do Direito à Moradia Digna (CARDOSO, 2010, p. 122).

A realização da política habitacional de bens públicos ou daqueles já ocupados por assentamentos informais de população de baixa renda tem por objetivo o combate às desigualdades socioterritoriais, visando à

promoção das Funções Sociais da Cidade e da Propriedade (MOREIRA, 2018, p. 152).

Analisando o mercado informal de terras, a próxima seção discorrerá acerca da Regularização Fundiária de imóveis da União sob a perspectiva de sua utilização na garantia do direito à moradia adequada como um componente fundamental do Direito à Cidade Sustentável.

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS BENS IMÓVEIS DA UNIÃO

Conforme exposto, muitos assentamentos informais de baixa renda encontram-se localizados em áreas de propriedade da União, como é o caso das favelas e palafitas. A partir da aprovação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a Regularização Fundiária e a urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda passaram a ser diretrizes gerais da Política Urbana, vinculando a atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CARDOSO, 2010, p. 69).

Destaca-se que o ápice do tratamento jurídico da cidade no Brasil, em especial do direito à cidade, deu-se com o advento do Estatuto das Cidades. Por meio desta norma adotou-se expressão “cidade sustentável”, enquanto direito fundamental. Foram previstas as diretrizes diretrizes e fundamentos do planejamento urbano, com diversos deveres impostos aos gestores públicos.

O Estatuto das Cidades foi editado para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal do Brasil, cujo objetivo foi o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social a fim de regular a utilização da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio do meio ambiente.

Entre as premissas da cidade sustentável encontra-se o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, dentre outros. Direitos estes que visam dar ênfase à utilização de instrumentos urbanísticos sustentáveis, tendo por fundamento três eixos fundamentais da sustentabilidade (desenvolvimento social, crescimento econômico e proteção ambiental (GOMES, ZAMBAM, 2018, p. 318).

Conforme Estatuto da Cidade está condição ideal de cidade sustentável será alcançada por meio da participação dos cidadãos e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, através de uma participação ativa.

Para tanto, lançou-se por meio deste diploma instrumentos capazes de corroborar na aplicação efetiva na busca pelo direito à moradia digna. Dentre eles cita-se alguns, como por exemplo, o zoneamento urbanístico ambiental, instituição e/ou recuperação de áreas verdes urbanas, revitalização de espaços públicos abertos e ainda tributos ambientais. (GOMES, ZAMBAM, 2018, p. 318).

Salienta-se que a manutenção e a melhora da qualidade de vida, direito garantido a todos pela Constituição Federal, não se limita apenas ao tratamento de questões ambientais, mas também serve de norte à política de desenvolvimento urbano. Contudo, frente a atual crise urbana no país, ocorre um aumento significativo de loteamentos irregulares e clandestinos, ocupações informais que acontecem não só em áreas privadas, como também nas áreas da União.

Destaca-se que a informalidade urbana se encontra diretamente ligada a normas urbanísticas e padrões elitistas e excludentes, onde através da história verifica-se um total descompasso com a realidade social das ocupações humanas e assentamentos. Nesse sentido, convém destacar que a gestão das cidades no Brasil nos últimos anos aponta a existência de inúmeros problemas e desafios que necessitam ser enfrentados para estabelecer processos e mecanismos capazes de possibilitar a democratização e integração da gestão das cidades, através da participação popular ativa (SAULE JUNIOR, 2007).

Dessa forma, visando contribuir com um crescimento urbano mais ordenado e sustentável, a fim de garantir o direito à moradia digna, a regularização fundiária surge como estratégica de intervenção pública, dotada de elevado potencial, especialmente pelo seu caráter interdisciplinar.

Com a promulgação da Lei nº 11.481/2007 - Lei de Regularização Fundiária de Terras da União, houve importante avanço na consolidação da Função Social como elemento norteador das ações de Regularização Fundiária de assentamentos de baixa renda em imóveis públicos. A partir disso, consolidou-se um novo paradigma da gestão do patrimônio da União: a efetivação de sua Função Socioambiental (NASCIMENTO, 2013, p. 66).

Através da consolidação do Princípio da Função Social da Propriedade, fundamentou-se a redefinição da missão institucional da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão responsável pela gestão dos imóveis públicos federais, o qual encontrava-se ligado ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, e atualmente pertence ao Ministério

da Economia. Compete, portanto, à SPU, a harmonização e a conjugação de interesses coletivos, visando à garantia do Direito Social à Moradia de áreas da União, quando ocupadas pela população de baixa renda, considerando a situação socioeconômica da população, bem como as normas ambientais (CARDOSO, 2010, p. 88).

Para que seja possível promover a Regularização Fundiária de assentamentos informais em bens da União, além da observância dos aspectos legais, é fundamental a formalização da parceria entre a Secretaria do Patrimônio da União (SPU) e o Município, sendo este um ente imprescindível para a boa execução deste processo.

Em decorrência das competências que foram atribuídas aos Municípios na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, demonstra-se a importância da cooperação técnica entre os envolvidos, a fim de definir a gestão da Regularização Fundiária de forma compartilhada e garantir a regularização jurídica, urbanística e ambiental do assentamento (CARDOSO, 2010, p. 89).

Por meio dessa parceria, o Município pode apoiar diretamente a SPU com a realização de levantamento de dados e de estudos prévios, levantamentos topográficos, elaboração de cadastros socioeconômicos, bem como execução de obras necessárias à Regularização. Porém, para que a Regularização Fundiária de Bens Imóveis da União seja exitosa, é imprescindível a articulação com outros atores, tais como Registros de Imóveis, associação de moradores, órgãos ambientais federais e estaduais, estes com a finalidade de garantir a sustentabilidade ambiental da Regularização (NASCIMENTO, 2013, p. 66).

A aplicação da Regularização Fundiária em imóveis da União baseia-se na previsão legal constante do artigo 4º, inciso V, do Estatuto da Cidade. Este instrumento normativo é responsável por sistematizar uma série de institutos de planejamento tributário, político e jurídico, os quais deverão ser utilizados pelos entes federativos no ordenamento de seu território, de forma a cumprir a Função Social da Propriedade (NASCIMENTO, 2013, p. 136).

Com o advento da Lei 13.465/2017, a Regularização Fundiária de terrenos ocupados de propriedade da União foi facilitada, tanto em áreas rurais quanto urbanas. Através de sua aplicação, diversas exigências formais foram flexibilizadas, tornando o registro mais acessível (SILVA, 2017, p. 131).

A nova legislação revogou o marco legal anterior sobre Regularização Fundiária no país, a Lei 11.977/2009, que ficou conhecida por instituir o Programa Minha Casa, Minha Vida, além de ter sido a primeira lei a abordar a Regularização Fundiária em âmbito nacional. Além disso, com a nova lei, foi proposta uma mudança de paradigmas sobre a conceituação do instituto, bem como acerca de seus elementos essenciais. Esse diagnóstico harmoniza-se tanto com o Direito à Moradia Digna quanto com o Princípio da Função Social da Propriedade, tendo em vista que não apenas a propriedade pode dar concretude ao Direito à Moradia ou ao Princípio da Função Social (TARTUCE, 2018, p. 3).

Com a revogação do ordenamento anterior, os institutos e instrumentos agora são tratados dentro do instituto da Regularização Fundiária urbana (Reurb), ao lado da legitimação fundiária. Segundo a Lei, a Regularização Fundiária Urbana (Reurb), abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Dentre os diversos instrumentos previstos no art. 15 da Lei nº 13.465/17, destaca-se o instituto da Regularização Fundiária urbana e a legitimação fundiária, que pretendem possibilitar um projeto de Regularização Fundiária especialmente à população de baixa renda, para recebimento do título representativo da propriedade do seu imóvel, bem como para garantir o acesso aos serviços públicos essenciais, como a moradia digna.

Segundo o art. 23 da Lei nº 13.465/17, a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016 (CARMONA, 2019, p. 12).

A legitimação fundiária só pode ser concebida na Reurb-S (social), ou seja, para população de baixa renda, mediante o cumprimento de condições específicas. O primeiro pressuposto para a concessão da legitimação fundiária pelo Poder Público é o reconhecimento de detenção em imóvel público ou posse em imóvel privado de área situada em um “núcleo urbano informal consolidado”, isto é, “aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das

vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município” (CARMONA, 2019, p. 12).

Importante distinguir, sucintamente, dois instrumentos de Regularização Fundiária bastante relevantes por sua grande utilidade prática: a legitimação fundiária e a legitimação de posse, estão previstas nos artigos 25 a 27 da Lei nº 13.465/17. Em síntese, diferem quanto à área alcançada, tendo em vista que a legitimação fundiária abarca bens públicos e privados, enquanto a legitimação de posse somente se aplica a bens privados, consoante expressa dicção do art. 25, §2º (CARMONA, 2019, p. 7).

Também diferem quanto à espécie de Reurb aplicável, pois a legitimação fundiária pressupõe apenas a Reurb-S, enquanto a outra admite ambas as modalidades de regularização fundiária urbana. Em acréscimo, a principal distinção entre esses instrumentos repousa no fato de que a primeira transfere, de imediato, a propriedade, o que se aproxima da usucapião de bens públicos e remete à polêmica sobre sua (in)constitucionalidade.

Já o outro instituto jurídico é um título, transmissível por ato inter vivos ou causa mortis, que reconhece a posse-moradia no local a ser regularizado e inicia a contagem de tempo para facilitar uma futura conversão, de acordo com os requisitos legais, em propriedade; embora a concessão de legitimação de posse, *ipso facto*, não transfira a propriedade (CARMONA, 2019, p. 7).

Semelhantemente, enfim, ambos os instrumentos conduzem à aquisição desembaraçada (originária) da propriedade e são registrados no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, I, 41 e 44 da Lei nº 6.015/73 da Lei de Registros Públicos) (CARMONA, 2019, p. 7).

No que se refere à garantia do Direito Social à Moradia Digna, destaca-se que a definição da Regularização Fundiária e da urbanização de Imóveis da União ocupados por pessoas de baixa renda eleva o instituto da Regularização a uma das prioridades da Política de Gestão do Patrimônio da União da SPU (CARDOSO, 2010, p. 156).

Tais mecanismos são meios jurídicos por meio dos quais a União, Estados, Distrito Federal e Municípios enfrentam as diversas irregularidades fundiárias. Assim, visam a assegurar à população envolvida a segurança jurídica da posse.

A partir da identificação de assentamentos precários em imóveis da União, destaca-se a importância de uma estratégia de atuação para cada caso, através de uma parceria ativa de todos os atores envolvidos. Nesse sentido, a consagração da Regularização Fundiária como diretriz geral da política de desenvolvimento urbano, democratiza a legislação urbana e a atividade urbanística empreendida pelo Estado, ampliando o acesso à propriedade pelos grupos mais vulneráveis da sociedade (CARDOSO, 2010, p. 163).

Redirecionar o desenvolvimento das cidades do país a fim de proporcionar melhor uso da estrutura urbana construída ao longo do tempo é possível e desejável, desde que através da reabilitação urbana. Para tanto, faz-se necessária uma grande transformação no modo de fazer e de gerir a cidade. Este processo implica em dotar a cidade de condições favoráveis pela atuação conjunta dos governos e da sociedade civil (MERCÊS, 2008, p. 159).

O enfrentamento das adversidades ocasionadas pela falta de moradia digna, mesmo que parcialmente, demanda do Estado visão de longo prazo e postura inovadora, que combine criatividade, capacidade de antecipação a problemas e propensão à tomada de iniciativas para que o Princípio da Função Social da Propriedade seja atendido em relação à utilização de Bens da União em favor da população de baixa renda (CARDOSO, 2010, p. 201).

Compreender a Regularização Fundiária através da aplicação de seus instrumentos abrange considerar e interpretar a problemática da dificuldade de acesso aos Direitos Fundamentais da Propriedade e Moradia Digna, no contexto da informalidade, internalizando a necessidade de destinação social dos bens imóveis da União, para que sua Função Social seja cumprida na efetivação da cidade sustentável (SILVA, 2017, p. 134).

4. CONCLUSÃO

A crescente informalidade urbana faz parte da realidade das cidades brasileiras, sendo um dos principais vetores para o aumento da vulnerabilidade ambiental, social e econômica. Dessa forma, a luta pelo direito à cidade sustentável, à moradia digna e o direito ao meio ambiente equilibrado, não deve estar relacionada apenas ao Estado. Deve ser pensada e idealizada como uma estratégia de mobilização de todos os setores da sociedade por meio de participação ativa e solidária.

A atual crise do país, caracterizada, principalmente, pela desigualdade social, desemprego e informalidade, em conjunto com a redução dos investimentos em políticas públicas, culminou no aumento da população das periferias e um alto déficit habitacional. Dessa forma, constatou-se que a informalidade urbana é a realidade das maiorias das cidades brasileiras, gerando vulnerabilidade ao meio ambiente e a sociedade e, em decorrência da dificuldade do planejamento urbano, diminui-se o acesso aos direitos fundamentais e o exercício pleno da cidadania.

Ao longo dos anos, a história brasileira foi marcada pela concentração de terras nas mãos de poucos. Esta situação de vulnerabilidade social se perpetua até os dias atuais. Salienta-se que muitas foram as tentativas de aplicação de políticas habitacionais a fim de garantir o direito à moradia digna, porém as medidas de planejamento e gestão adotadas até hoje são insuficientes para reduzir o problema histórico da informalidade urbana.

Em se tratando da ocupação de áreas públicas, mediante o acesso informal, denota-se que o Poder Público não só pode como deve agir a fim de reconhecer o direito à moradia dos ocupantes de área pública urbana. A necessidade do cumprimento desse dever prestacional, decorre do perfil social dos ocupantes, os quais, na maioria das situações, encontram-se em situação de miséria extrema.

Portanto, por intermédio desta pesquisa, analisou-se a importância da Regularização Fundiária enquanto garantidora do Direito Social à Moradia Digna. Para a concretização deste direito, faz-se essencial a atuação conjunta de todos os atores envolvidos nesse processo. Verificou-se, ainda, que este instituto tem por objetivo a concretização de princípios constitucionais regidos pela Dignidade da Pessoa Humana.

Redirecionar o desenvolvimento das cidades brasileiras é possível e desejável, porém, há um longo caminho a ser trilhado na implementação de medidas eficazes para conter a informalidade. Nessa perspectiva, foi apresentada e debatida a aplicação da Regularização Fundiária de Imóveis da União na busca pela concretização do Direito Social à Moradia Digna. O Princípio da Função Social da Propriedade é o balizador deste processo.

Constatou-se que o enfrentamento das adversidades ocasionadas pela falta de moradia digna demanda uma postura ativa do Estado, agregando um olhar inovador, combinado com criatividade e capacidade de antecipação a problemas decorrentes da informalidade. Verifica-se que são exatamente as áreas públicas, que por estarem fora do mercado imobiliário formal,

sofrem maior pressão da ocupação precária e desordenada da população que busca por um lugar na cidade.

Atender ao Princípio da Função Social da propriedade, através da utilização de Bens da União, em favor da população de baixa renda, requer a compreensão da destinação social destes bens, bem como a necessidade de desenvolver estratégias de cooperação com municípios, registradores de imóveis, sociedade civil e União.

É por intermédio da ampla cooperação entre os agentes envolvidos que poderão ser multiplicadas projetos e programas no âmbito da administração pública federal, estadual e municipal como forma de estratégias importantes para a destinação de imóveis públicos à programas de regularização fundiária e habitação de interesse social. Nesse sentido, evidencia-se que a regularização fundiária em áreas públicas como ferramenta com importante potencial para garantir e efetivar o direito à moradia digna e a cidade sustentável.

O aprimoramento da gestão de bens públicos, através da aplicação da regularização fundiária, apresenta-se como forma viável de se garantir a efetivação da função socioambiental da propriedade pública. As políticas públicas de regularização fundiária não devem ser formuladas de maneira isolada. Assim, é fundamental que sejam combinadas com outras políticas públicas preventivas, a fim de mitigar o ciclo de exclusão social, principal gerador de informalidade.

Planejar a cidade não é tarefa fácil, requer uma atuação conjunta, capaz de identificar as variáveis das dificuldades de acesso aos direitos fundamentais de propriedade e moradia. Nesta perspectiva, conclui-se que a utilização da Regularização Fundiária de Bens Imóveis da União, na tentativa de empreender as melhores estratégias de governança, caracteriza-se como elemento inovador para que a Função Social da Propriedade seja cumprida na efetivação da cidade sustentável.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. 'Regularização Fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade'. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e política urbana no Brasil*. 2001.

BEZERRA, Regina Iara Ayub. Conjuntos habitacionais segundo a Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. In: PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. *Regularização fundiária: Lei 13.465/2017*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2213/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>. Acesso em: 25 maio 2020.

BODNAR, Zenildo. *A Regularização Fundiária e os seus reflexos na cidade sustentável*. Tese (Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/180913/349280.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 maio 2020.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. *Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: Função social e regularização fundiária*. Mestrado em Direito, PUC/SP, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143146.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; ZAGO, Fábio Bragança; SOUZA, Oriane Graciani de. Legitimação fundiária na promoção do direito fundamental à moradia. In: *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico*. 2019, Palmas, TO. Disponível em: www.even3.com.br/anais/xcdbu. Acesso em: 20 maio 2020.

CAZETTA, Luis Carlos. *Legislação Imobiliária da União – Anotações e comentários às leis básicas*. 2002. Disponível em: <https://docplayer.com.br/10044167-Legislacao-imobiliaria-da-uniao-anotacoes-e-comentarios-as-leis-basicas.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GOMES, Daniela; ZAMBAM, Neuro José. Sustentabilidade do Espaço Urbano: Novas Tecnologias e Políticas Públicas Urbanístico-Ambientais. In: *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 10, nº 1, 2013-2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29866/23349>. Acesso em 05 dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 15ª edição, 2003.

KUJAWA, Henrique Aniceto; ZAMBAM, Neuro José. Conquista da Moradia no Loteamento Canaã em Passo Fundo, Brasil. In: *Revista SciELO*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/mercator/v17/1984-2201-mercator-17-e17031.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2020.

MARQUES, Eduardo. *Déficit habitacional é obstáculo para isolamento vertical, dizem pesquisadores*. In: ARANTES, José Tadeu. Agência FAPESP. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/04/>

deficit-habitacional-torna-isolamento-vertical-inviavel-no-brasil.html. Acesso em: 25 maio 2020.

MOREIRA, Fernanda Accioly Moreira. *Terras de exclusão, portos de resistência: um estudo sobre a função social das terras da União*. 2018. Disponível em: https://www.observatoriodasmetrolopoles.net.br/wp-content/uploads/2018/10/FAM_tese_final_2018_REV_low-w.pdf. Acesso em: 01 maio 2020.

MERCÊS, Roberto Jansen das. Política Habitacional no Rio de Janeiro: dez anos de morar sem risco (1994 a 2004). V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico Manaus 2008. *O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988 - Balanço e Perspectivas*. 1ª Ed. Porto Alegre, p. 151-162, nov. 2009.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. *Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social no Direito Brasileiro*. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4108502/mod_resource/content/1/Dissertacao_Final_Mariana_Chiesa_Gouveia_Nascimento%20%283%29.pdf. Acesso em 05 abr. 2020.

PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4014#preview-link0>. Acesso em: 02 abr. 2020.

PEREIRA, Flora Regina Camargos. *A Função Social da Propriedade Pública e o Patrimônio da União destinado às Forças Armadas*. 2017. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2372>. Acesso em: 04 abr. 2020.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. Malheiros Editora, 2005.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A relevância do Direito à Cidade na Construção de Cidades Justas, Democráticas e sustentáveis. In: *Direito Urbanístico – Vias jurídica das Políticas Urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p. 27-61, 2007.

SILVA, Renan Luiz dos Santos da. *Regularização Fundiária urbana e a Lei 13.465/2017: aspectos gerais e inovações*. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/37029>. Acesso em: 02 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. *A Lei da Regularização Fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade*. 2018. Disponível em: <https://docplayer.com.br/113588671-A-lei-da-regularizacao-fundiaria-lei-2017-analise-inicial-de-suas-principais-repercussoes-para-o-direito-de-propriedade.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

RECEBIDO EM: 13/02/2021
APROVADO EM: 13/05/2021

CONTRATO DE SEGURO, REGULAÇÃO E INTERVENÇÃO NAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS

*INSURANCE MARKET, REGULATION AND CONTRACTUAL CONDITIONS
INTERVENTION*

Irapuã Gonçalves de Lima Beltrão¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. As bases do modelo clássico dos contratos privados e suas transformações. 2. O dirigismo contratual e os contratos de seguro. 3. As novas figuras jurídicas e sua aplicação no mercado de seguros: Contrato Coativo; Contrato necessário; Contrato autorizado; Contrato normativo. 4. Contratos de adesão. 5. Intervenção estatal e função do Direito. 6. A atuação da função regulatória. 7. Algumas conclusões. Referências

1. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Master of Law - University of Connecticut. Especialização em Direito Econômico pela FGV) e em Direito do Estado pela UERJ. Professor dos cursos de pós graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, do Ibmecc Rio, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, da Fundação Getúlio Vargas - FGV, da Universidade Estácio de Sá e da Escola Nacional de Seguros. Procurador Federal.

RESUMO: Este trabalho pretende abordar o reconhecimento das modificações ocorridas em alguns institutos jurídicos nos vínculos obrigacionais, notadamente nas relações de contratualização das relações privadas e, com especial ênfase, suas decorrências para os contratos de seguro e coberturas securitárias. A partir da crise do modelo clássico consagrado no Estado liberal e suas exportações para os negócios jurídicos, perquirimos o surgimento de um dirigismo contratual no século XX e a conseqüente mudança das condições de contratação em virtude dos processos de produção em massa, especialmente para abordar o tratamento regulatório nas diversas modalidades securitárias. A partir de tal fotografia verifica-se o campo para a atuação futura dos princípios da Lei de Liberdade Econômica.

PALAVRAS CHAVE: Estado. Intervenção. Regulação. Dirigismo contratual. Contrato de Seguro

ABSTRACT: This paper intends to address the recognition of the changes that occurred in some legal institutes in mandatory bonds, notably in the contractual relations of private relations and, with special emphasis, their consequences for insurance contracts and its coverage. From the crisis of the classic model of liberal system and its applications to the legal contracts, this essay investigates the emergence of adhesion contracts and other similar forms in the 20th century and the consequent change in hiring conditions due to the processes of mass production, especially to address the regulatory treatment in the various insurance modalities. From this picture, we concern about the field for the future performance of the principles of the Brazilian Economic Freedom Act.

KEYWORDS: State. Intervention. Regulation. Contractual Management. Insurance Contracts

INTRODUÇÃO

Apesar da atividade do seguro ter se desenvolvido mundialmente com vários registros históricos ao longo dos tempos, a investigação sobre a intervenção regulatória nas condições e bases de sua contratação é um retrato marcado no século XX e que merece sempre novos olhares.

Pensando nossa história, a atividade securitária europeia já tinha se desenvolvido no século XVII, com maturidade, princípios técnicos e jurídicos bem definidos quando as contratações começam a ser realizadas no Brasil. Após um primeiro momento de adaptação das regras e conceitos europeus ao país, a atividade começa a ser disciplinada internamente, notadamente com o Código Brasileiro do Comércio em 1850 que cuidou do seguro marítimo. Já num segundo momento, quando o seguro terrestre já havia atingido algum desenvolvimento com as seguradoras no Brasil houve o advento do Código Civil, em 1916, disciplinando as características básicas do contrato de seguro.

Mas, de todo este olhar histórico, muitas formas têm sua origem em termos, condições, padrões e modelos traduzidos do estrangeiro, sendo inegável tal resquício em diversos institutos e padrões existentes no mercado de seguro. Se tal gênese marca os contratos em vários institutos, não se pode afastar também o olhar da realidade havida no final da primeira metade do século passado, com o advento do IRB e toda a política para o mercado de seguros a partir dali estabelecida, com muita intervenção nos modelos contratuais, inclusive com registros de grandes padronizações.

Posteriormente, e em paralelo às regras do Código Comercial e do Código Civil que estabelecem normas jurídicas sobre o contrato de seguros, o Decreto-lei nº 73, de 21.11.1966 dispôs sobre os órgãos oficiais responsáveis pela política nacional de seguros e a disciplina das empresas criando o Sistema Nacional de Seguros Privados, já nascido com a cultura de fixação as características gerais dos contratos e condições de apólices e de coberturas especiais, planos de operações e tarifas, inclusive para serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional.

De fato, esta herança contratual encontra suas bases na autorizada e reconhecida intervenção estatal na atividade e os fundamentos do poder de polícia setorial. Se, de um lado, o advento da atual codificação civil também justifica tais aspectos, outros parâmetros do novo século impõem que novos prismas sejam projetados para os contratos de seguro, inclusive

de forma a repaginar o exercício da regulação governamental. Este exercício é que aqui se pretende contribuir com alguns pensamento e reflexões.

1. AS BASES DO MODELO CLÁSSICO DOS CONTRATOS PRIVADOS E SUAS TRANSFORMAÇÕES

As bases do direito obrigacional, tal qual instalado na realidade jurídica nacional, tem suas origens na formação das relações privadas típicas do Estado Liberal, com as tónicas do século XIX e toda a formulação jurídica ali sedimentada. Ainda que naturalmente recuperando alguns institutos já calcados no Direito Romano, registra a história civilista o aperfeiçoamento dos modelos jurídicos do contratualismo liberal, notadamente pelos registros da Escola de Pandectas, como perfeitamente anotado pela doutrina nacional².

Ficava ali assentada toda a concepção do Voluntarismo Jurídico³ e o consensualismos das pessoas envolvidas, com a formulação científica aos juristas da pandectista alemã. Tal elaboração, por outro lado, rompeu com o antigo objetivismo romano na medida em que o consenso surgido entre os envolvidos passou a obrigar a tal pactuação, afastando a ideia do descumprimento de um mero pecado ou desrespeito moral. Naquela forma clássica da relação contratual, as palavras afirmadas, como resultado do subjetivismo, não poderiam ser quebradas.

É a marca do *Pacta Sunt Servanda* levada a sua máxima implicação apoiada por toda as classes sociais que almejavam a segurança das relações, inclusive para atingir o desenvolvimento econômico dos seus respectivos interesses. Neste cenário, o contrato representava mais do que mero instituto jurídico, significou verdadeiro instrumento de circulação de riquezas. Para a classe burguesa emergente, por exemplo, constitui o perfeito e adequado meio, com apoio legal, para obter a tradição dos bens jurídicos de seu interesse, especialmente pelo declínio da classe aristocrática com suas muitas propriedades que já não mais conseguiam suportar.

Ademais, tal somatória de preceitos – voluntarismo e obrigatoriedade do pacto – permitiu, como se sabe, medidas que evitassem os abusos a partir do contratado, com a certeza do que fora avençado, dos deveres de

2. “Foi sem dúvidas no século passado que a autonomia da vontade encontrou seu maior apogeu, com os pandecistas alemães. A vontade passou a ser o cerne do direito e a sua autonomia completa, encontrando limites somente na razão natural”. (MANDELBAUM, 1996, p. 49)
3. surgido na Baixa Idade Média por influência dos filósofos do século XVIII, tem seu apogeu no século XIX; “O voluntarismo jurídico surgiu e alcançou seu apogeu no século XIX. Deve-se sua formulação, principalmente, aos juristas alemães”. (GOMES, 1967, p. 11)

cada um na relação firmada etc. Enfim, todo o cenário de liberdades de manifestação de vontades de cada uma das pessoas integrantes daquele grupo social.

Na esteira da cientificação do Direito, o século XIX marca o surgimento do que se passou a denominar como a Jurisprudência dos Conceitos⁴ com sua particularidade de pretender que a lei pudesse dar respostas aos juristas em todas as situações. Mas, acima de tudo, tal escola tinha também as marcas daquele tempo. Isto porque o século XIX não pode ser dissociado da sua realidade histórica, notadamente pelos ideais do liberalismo, do Estado mínimo, dando ao órgão estatal precipuamente a função de segurança jurídica aos agentes econômicos, de sorte a garantir as liberdades individuais com a menor intervenção possível, sendo ainda guiado pela *'mão invisível do mercado'* que regularia todas as relações dessa sociedade.

Das modernas organizações estatais, o Estado Liberal, notadamente nos séculos XVIII e XIX, foi caracterizado pela ingerência mínima do Estado na vida das pessoas, conferindo liberdade de comportamento, sendo este traço marcante nos vários ordenamentos jurídicos.

Simboliza essa pregação de absentismo estatal a página famosa de Adam Smith, para quem as ações de governo deveriam cingir-se à proteção da sociedade contra a violência e a invasão externa, ao estabelecimento de uma Justiça adequada à tutela dos indivíduos e, por fim, à consecução de reduzidas obras e serviços públicos cuja exploração, ante as escassas perspectivas de lucro, não interessasse a ninguém. (ARAGÃO, 2006, p. 39)

Neste cenário, a segurança representa o maior valor a ser preservado e o princípio fundamental desse ordenamento é a legalidade. Consequentemente, seria imprescindível que a lei definisse minuciosamente os institutos e regras a partir da norma fundamental de organização do Estado. No que não estivesse detalhadamente previsto na lei a liberdade do ser humano seria total podendo fazer o que melhor lhe conviesse.

4. FERRAZ JR, 2007, p. 79. (“O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática, realizada pela dogmática, faz mister explicitar. Essa concepção de sistema, que informa marcadamente a Jurisprudência dos Conceitos, escola doutrinária que, na Alemanha, se seguiu à Escola Histórica, acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.”)

De outra visada, já no final do século XIX e início do século XX os movimentos socialistas começam a colher alguns resultados modificativos na realidade social e na concepção do ordenamento jurídico. Mesmo onde a onda socialista não se implanta produz, é possível reconhecer profundas alterações na legislação daquele Estado liberal, com os trabalhadores logrando grandes conquistas sociais, no modelo do Estado do Bem Estar Social que não mais se limitava mais a garantir a segurança do cidadão, repercutindo também para o lado contratual das relações jurídicas.

Paralelamente, a interdisciplinaridade das ciências mitigou o positivismo puro, especialmente pelo reconhecimento que a realidade econômica e social não poderia passar desconhecidas de uma teoria jurídica. Os cenários constitucionais são também afetados em seu conteúdo, com acréscimo sensível de intervenção no domínio privado-negocial, notadamente pela aparição na Constituição do Mexicana de 1917 e alemã do Weimar de tratamento da ordem econômica.

No campo das relações contratuais, outrossim, novos usos e costumes alargam a utilização dos negócios, reforçando a realidade de um maior equilíbrio social e a moralização de algumas práticas que já vinham sendo abusivamente verificadas. O primeiro quartel do século XX apresenta, conseqüentemente, um progressivo aparecimento de uma política legislativa que contém aquela anterior autonomia da vontade com evidentes indícios de limitação desta.

A decadência do voluntarismo é reforçada pelo retorno ao individualismo com a figuração do ser humano como elemento de maior proteção do universo jurídico. Surgem diversas teorias no início do século passado para adoção de uma linhagem ético-social.

Neste paralelo, a expansão dos contratos de massa modifica de forma abrupta a modelagem de formação dos contratos. Se antes a grande essência dos contratos era sua realização de forma individual, com as marcações de propostas, aceitações, debate do clausulado, etc., os contratos massificados passam a predominar, substituindo a regulação individual dos negócios pela regulamentação coletiva de interesses, reclamando ainda mais a imposição hialina dos interesses primários da população e que fossem banidos ou reduzidos os descomedimentos.

Esta apertada perspectiva histórica é reconhecida igualmente nos contratos de seguros. Inicialmente traduzidos como resultado da autonomia das vontades e todo o flamulado da liberdade de contratação, passa a sofrer

no país com uma nova dose de intervenção já na primeira metade do século passado, por motivações sociais e econômicas que lhe eram associadas.

Evidente que em nosso processo histórico é registrado ainda pelos movimentos políticos que marcam a história nacional e que não se pretende aqui negar todas as implicações dali decorrentes na atividade securitária, inclusive com o estabelecimento de papel mais ativo dos braços governamentais no setor. Mas, sem prejuízo deste aspecto, percebe-se claramente os efeitos daquela concepção contratual que nascerá no século XX.

2. O DIRIGISMO CONTRATUAL E OS CONTRATOS DE SEGURO

Todas estas modificações estruturais e sociais havidas na primeira metade do século passado repercutem na formulação de uma nova compreensão jurídica da liberdade individual, notadamente no contratar, com o incremento natural de um dirigismo contratual por parte do poder público.

Foi Lehmann, em 1965 (*Apud* GOMES, 1967, p. 18), quem primeiro registrou este fenômeno, apontando com propriedade vários modelos para esta intervenção estatal no livre-arbítrio das pessoas, ilustrando as diversas formas de ingerência, que aqui se ilustra:

estabelecimento de autorização para realização de determinados negócios na vida privada;

regulamentação coativa do conteúdo de negócios submetidos a grande interseção com o interesse público;

disciplinamento e/ou proibição para escolha de determinados contratantes;

obrigação de contratar, especialmente direcionado para determinados empreendimentos privados;

limitação da estrutura das contratualizações, com a consignação, por exemplo, de condições gerais para as empresas ofertantes, em regime de monopólio, de serviços de interesse geral.

As consequências sociais e os novos reclamos do pós 2ª guerra, já com as experiências tiradas da depressão dos anos 30, acentuam tal dirigismo. Um sentimento de proteção de outros interesses difunde-se, tanto no veio da atividade do legislador, como nos métodos de solução da

Administração Pública e para os casos levados aos Tribunais⁵. A própria doutrina registra um giro no eixo constitucional, passando as proteções ao indivíduo e suas dimensões básicas a constar como elemento central de abrigo do conteúdo da norma fundamental e não mais apenas o Estado e seus poderes instituídos.

Dali é reconhecimento a mudança da mera compreensão do Individualismo para um Solidarismo Jurídico, marcadamente pela constatação óbvia da desigualdade existente na sociedade e das pessoas envolvidas num determinado negócio jurídico. Os dogmas do Voluntarismo clássico do Estado Liberal e a versão irreformável do *Pacta Sunt Servanda* são mitigados para este novo modelo de atuação estatal.

Na doutrina nacional, o Professor CAIO MÁRIO (PEREIRA, 1949) já apresenta estudo para demonstrar a necessidade de novel comportamento dos sistemas jurídicos para enfrentar as lesões derivadas das relações contratuais. Naquele estudo, recupera a realidade de que a liberdade contratual permitiu o domínio de uns, em flagrante prejuízo de interesses fundamentais de tantos outros e a prática de abusos protegidos pelo próprio complexo jurídico.

Tal circunstância justificaria a intervenção jurídica, disciplinando e regulando o voluntarismo dos sujeitos de direito, de molde a fixar balizas de proteção de um número maior de pessoas. Em razão dos elementos já apurados nos meados do século XX, ilustra o grande civilista os cenários em que já eram encontrados na legislação brasileira da época, ou seja:

as normas sobre locação, com a disciplina sobre a proibição de luvas⁶ e disposições inquilinárias;

a regulação do mútuo de dinheiro e correspondente remuneração de juros⁷;

5. Neste contexto, é reconhecida para esta passagem histórica que “o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial das atividades privadas”. (GAMA, 2007, p. 75)

6. Recorde-se da edição do Decreto nº 24.150, de 1934, com alto teor de intervenção na relação privada de locação

7 Disciplinado naquele período pelo Decreto nº 22.626, de 1933

legislação trabalhista, com o deslocamento das regras da locação de serviços do Código Civil de 1916 para o tratamento do contrato típico em sede de ramo autônomo da ciência jurídica.

E, ainda que não se encontre naqueles comentaristas a ilustração para os contratos de seguro, não se pode afastar-lhes deste contexto. Desde padrões estabelecidos pelo IRB a partir daquela virada da metade do século passado, que naturalmente se irradiavam para os contratos celebrados pelas seguradoras, passando pela atividade legislativa e todos os poderes que eram atribuídos à antiga Inspetoria de Seguros como ao extinto Departamento Nacional de Seguros Privados, no Decreto nº 21.828, DE 932 e pelo Decreto-lei nº 2063, de 1940, respectivamente.

Por outro lado, em nosso Tribunais, já a Suprema Corte apresentava momentos de intervencionismo estatal na mitigação daquela liberdade de contratar, sobretudo para reconhecer a necessidade de proteção de alguns interesses fundamentais. Ilustra aquele primeiro momento, situação chegada ao Tribunal para produto com preço determinado pelas autoridades governamentais, com explícito reconhecimento do dirigismo da relação:

Rescisão de contrato por inadimplemento do ajuste: entrega da mercadoria - injustificável a pretensão do reajuste do seu preço por haver intervenção estatal fixando o respectivo teto - Inexistência de força maior alcance do dirigismo contratual - aplicação dos arts. 204, 193 e 194 do Código Comercial na hipótese - Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1961)

E de voto preliminar do Ministro Victor Nunes no julgado mencionado acima ainda se extrai mais claro sentimento de reconhecimento da capacidade de intervenção estatal, ainda que respeitadas as possibilidades de tabelamento existentes na época:

(...) admito que o tabelamento oficial, em determinadas condições, possa consistir na proibição de venda abaixo de certo preço. A necessidade de intervir e poder público no mercado pode consistir, precisamente, nesta providência.

Admito, também, que, em certos casos, a venda feita em desacordo com os preços oficiais possa ser anulada, pois o tabelamento resulta de considerações de ordem pública.

Tal dirigismo, justificado nas razões de ordem pública e de interesses fundamentais indisponíveis – ou pelo menos sensíveis – das pessoas envolvidas continuam abonando diversos avanços dos magistrados sobre as relações contratuais estabelecidas, mitigando a estabilidade ou quase imutabilidade do avençado, sob as luzes do *Pacta Sunt Servanda*.

Já diante da ordem constitucional vigente, notoriamente inchada de valores e consectários de relevância social nas relações privadas, tal dirigismo é ainda norteador pela grande relevância dos mecanismos de proteção do consumidor, repercutindo claramente a inclusão dos dispositivos constitucionais do art. 5º, XXXII, do art. 170 que o consagra como princípio da ordem econômica, etc.

O Superior Tribunal de Justiça invoca tais argumentos, de forma inclusive a utilizar a expressão do “dirigismo contratual”, mormente para fundar sua competência para intervenção no pactuado pelas pessoas da relação jurídica, *in verbis*:

Agravo no recurso especial. Revisão de contrato de financiamento. Possibilidade de revisão contratual. Aplicação do CDC. Comissão de permanência. Repetição do indébito.

- O regime jurídico dos contratos mercantis que embasam relação de consumo mitiga o princípio da autonomia da vontade em favor de um prevalente dirigismo contratual; admite-se, em consequência, a revisão judicial das cláusulas contratuais que colidam com as normas jurídicas em vigor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006)

Tais modificações do pensamento jurídico, portanto, afirmam um inevitável reconhecimento da convivência de intervenção estatal nas relações privadas em razão da proteção dos interesses maiores da sociedade e do indivíduo, sendo o dirigismo contratual patrocinado por todas as esferas de poder público a sua maior vedete.

3. AS NOVAS FIGURAS JURÍDICAS E SUA APLICAÇÃO NO MERCADO DE SEGUROS

Este novo cenário do direito das obrigações privadas repercutiu na concepção tradicional dos contratos como inicialmente estruturado pelo liberalismo clássico⁸, ensejando a existência de novos esboços para as

8. Para tanto, recorde-se que “indiscutível que a autonomia privada no campo do Direito Contratual se expressa em três momentos distintos, envolvendo os poderes, a saber: de contratar ou não; de escolher com quem contratar e, finalmente, de determinar o conteúdo do contrato.” (GAMA, 2007, p. 74)

relações jurídicas. Neste diapasão, o saudoso Professor Orlando Gomes (1967), ao longo de toda a obra que analise as transformações havidas nos negócios privados, apresenta quadro interessante destas novas figuras. São as formas destacadas naquele escólio:

CONTRATO COATIVO

Figura, a princípio, anômala na compreensão jurídica, já que a lógica natural dos pactos seria o exercício da vontade de contratantes em celebrar tal negócio. Mas, dada a intervenção estatal e em razão de interesse relevantes, o livre consentimento dos envolvidos poderá ser afastado, sendo compelido a participar, independentemente de sua vontade concreta no negócio.

Ilustra o Professor Orlando Gomes (1967) o ocorrido nas locações não residenciais – anteriormente conhecidas como locações comerciais – no qual o locador, involuntariamente, sofrerá a imposição da locação, por determinações legais e judiciais, prorrogando locação anteriormente extinta. Nesta hipótese, o conteúdo principal do objeto da relação – ou seja, a determinar de locar, a remuneração pelo uso, as regras sobre reajustamento, entre outras – serão impostas ao proprietário-senhorio.

Alguns olhares enxergam similar característica disto na regulamentação dos planos e seguros de assistência privada à saúde, sobremaneira na renovação automática prevista no art. 13 ou mesmo a determinação de ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde no art. 14, ambos da Lei nº 9.656/98.

CONTRATOS NECESSÁRIOS

Forma próxima do anterior, mas indicada para as hipóteses em que uma pessoa assume, por determinação legal, modelo típico de vínculo negocial, como ocorre no depósito ou mandato legal. Tal situação também se mostrou cada vez mais presente nas relações das empresas prestadoras de serviços públicos essenciais. Aponta-se que, nesta forma, a faculdade de escolha de uma determinada parte não é completamente eliminada, mas, por determinações legais, a formação do vínculo necessariamente ocorrerá.

Hipótese marcante disto ocorreu no campo do contrato de seguro, mormente considerando que se trata de contrato que esteve presente nos regramentos privadas desde sempre, tal qual ocorreu no Código Comercial

de 1850⁹ e nas leis civis¹⁰. Mas, por diversos interesses envolvidos, a legislação específica fixa uma série de situações onde a contratação do seguro é mandatória, cabendo, em algumas situações, à parte interessada escolher com qual segurador contratar. Tanto assim que é bastante conhecida a listagem não taxativa de seguros hoje obrigatórios do art. 20 do Decreto-lei n° 73, de 1966.

Alguns autores sugerem uma semelhança – ou quase exatidão – entre as duas formas e suas conceituações, sendo sugerido que tais expressões deveriam ser tratadas como sinônimas. Entretanto, o Professor Orlando Gomes enfatiza que no contrato necessário haverá a emissão da vontade, enquanto no contrato coativo sequer existirá manifestação volitiva¹¹.

CONTRATO AUTORIZADO

Além destes dois modelos, mister reconhecer hipóteses de celebração negocial onde somente se aperfeiçoará com alguma forma de autorização administrativa. A dependência governamental interfere na elaboração contratual, chegando alguns no limite de sugerir que o poder público efetivamente participaria da relação. Exageros à parte, é cediço que algumas transações de comércio internacional, face às medidas de proteção do mercado interno, são dependentes de licença administrativa, sem a qual a vontade das partes não poderá aperfeiçoar o vínculo. Observado o setor de seguros, ainda que já revogado pela superveniente Lei Complementar n° 126, era conhecida a previsão do art. 6° do Decreto-lei n° 73 que tratava da colocação de riscos no exterior, seja para determinar que somente seria possível às hipóteses de inexistência de cobertura nacional ou mesmo que dependessem de autorização dos agentes de governo.

CONTRATO NORMATIVO

Não determinando a formação do contrato, nem impondo autorização, encontramos ainda o vínculo cujo conteúdo normativo a ser pactuado entre os sujeitos estará limitado pela atividade reguladora estatal, normalmente

9. O art. 666 (já revogado) do Código Comercial de 1850 determinava regras para a realização dos seguros marítimos, tratado tipicamente como negócio privado

10. Contrato típico nas codificações brasileiras, seja pelo art. 1432 da lei de 1916, como pelo art. 757 da consolidação de 2002

11. “O contrato necessário inclui-se, para alguns escritores, na categoria dos contratos coativos. A rigor, porém, não se justifica a inclusão, a menos que se conceitue a estes como toda situação em que uma pessoa é obrigada por lei a emitir a declaração de vontade necessária à formação de um contrato, sob pena de uma sanção”. (GOMES, 1967, p. 23)

para proteger uma das partes reconhecida como mais subjugada naquela situação.

Hoje em dia crescente a determinação, tanto por lei como por regulamento de estruturas administrativas autorizadas, de clausulado mínimo, proibições de estabelecimento de disposições, etc. Ainda que suaves diferenciações existam, todos eles representam indubitavelmente mecanismos de intervenção pública na esfera privada, verdadeiro e intenso dirigismo contratual.

Esta modalidade, de certa forma, esteve bastante presente na história dos contratos de seguro na medida que os órgãos governamentais responsáveis pela implantação das políticas para o sistema securitária costumeiramente se valeram daquele argumento de proteção ou preservação de interesses para padronizar condições contratuais ou mesmo os instrumentos formais da contratação. Mais do que um simples registro histórico de que diversas modalidades de coberturas securitárias assim eram determinadas, é fácil encontrar os fundamentos para isto nas competências descritas no Decreto-lei nº 73/66 para o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP ou para a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Em nome e no exercício de tais competências foram definidos planos padronizados, conteúdos contratuais, condições gerais estabelecidas, entre outras formas de normatização e dirigismo ativo.

Sem prejuízo destas considerações, em diversas hipóteses os Tribunais nacionais inferiram tais modelagens, notadamente para reconhecer os interesses protegidos. Assim reconhecidos, a interpretação das disposições contratuais não pode ser guiada pela mera manifestação das vontades, mas também orientados pelos outros méritos atribuídos pela ingerência estatal.

Pelo esposado, este cenário do direito das obrigações privadas desenvolvido ao longo do século XX introduziu na realidade jurídica nacional novos lineamentos para a vinculação dos sujeitos de direito, sobretudo nas atividades securitárias, para as quais a exegese deverá procurar novos critérios hermenêuticos que não aqueles sentidos privados clássicos, sendo todas estas formas figuras mais do que presentes no sistema nacional de seguros.

4. O CONTRATO DE ADESÃO

Tal processo de repensar do fenômeno jurídico ainda se incrementa nos contratos de adesão, figura mais representativa desta

virada. Ainda que não caracterizados como um daqueles modelos de contratação resultados do dirigismo estatal, neste processo de modificação do modelo contratual clássico a forma mais relevante da virada puramente voluntarista dos contratos recai sobre o conhecido contrato de adesão.

Na verdade, a própria consideração sobre a fixação dos elementos do contrato de adesão não é pacificada na doutrina, inclusive para o seu ambiente de distinção em relação a outro. Independentemente das muitas críticas e debates doutrinários, alguns aspectos são consensuados:

um dos contratantes se limita a aceitar o pactuado;

cláusulas e condições previamente redigidas e impressas;

predomínio do polícitante na relação, como ocorre em diversas hipóteses de contratos de seguro, especialmente os massificados;

De forma mais enfática nas relações concretas desta situação Renata Mandelbaum (1996, p. 51/52) sustenta a concorrência de cinco elementos formados:

Da definição apresentada surgem alguns elementos que caracterizam os contratos de adesão, a saber:

a) Estamos diante de uma situação de disparidade de poder de negociação (disparidade de forças econômicas), pois uma das partes predomina sobre a outra, determinando a configuração do contrato, impondo sua vontade.

b) O aderente necessita do bem ou serviço ofertado, seja essa necessidade real ou criada artificialmente.

c) Esse estado de compulsão em que se encontra o aderente faz com que se submeta a aceitar, em bloco, o contrato predisposto.

d) A predominância do empresário se mostra ostensiva, ao se permitir que o mesmo predisponha o conteúdo contratual, inserindo cláusulas de seu interesse exclusivo em detrimento do aderente, razão pela qual, frente à debilidade do aderente, justifica-se a ingerência do Estado no sentido de limitar ou coibir a formação de contratos cujo o conteúdo seja abusivo ou que contenham cláusulas abusivas.

e) O contrato de adesão é composto por cláusulas que se denominam condições gerais, as quais tendem à rigidez, evitando a alteração das fórmulas estabelecidas.

Mas mesmo naquele ensaio que já parece levar a conceituação para o viés consumerista, grandes referências são feitas ao professor Orlando Gomes (1972, p. 2), que recupera a origem da expressão trazida por Saleilles (1919 – *De la declaration de volonté*) dedicando-se diretamente sobre o tema, apresentando a seguinte consideração:

é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Dali são extraídas as diversas características atribuídas ao contrato de adesão, sendo notoriamente destacada o seu principal predicado da imutabilidade das disposições contratuais, como já atestado pela Suprema Corte nacional¹². Claro que tal percepção não reduzirá a formação dos contratos de adesão, notadamente para também agregar a tal conceito aquelas hipóteses em que as prescrições apresentadas em prospectos ou folhetos¹³, bem como aquelas disposições que sequer tenham sido apresentadas ao outro contratante¹⁴.

Independentemente de qualquer polêmica conceitual sobre a caracterização dos pactos de adesão, é notório o reconhecimento do desequilíbrio marcante entre as partes da relação contratual assim definida. E, por tal motivo, nunca houve dúvidas de que ali não se aplicam os mecanismos clássicos de interpretação das relações contratuais, bem longe daquele modelo clássico do contratualismo. Paralelamente, tal aspecto justificou ainda mais aquelas formas de intervenção governamental e dirigismo estatal nas relações contratuais.

12. “Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1999)

13. “Seguro de vida. Contrato de adesão. Seguro de vida, sem exame médico. Propaganda. Os compromissos dos anúncios incorporam-se a convenção. interpretação do contrato. Alegação de negativa de vigência dos arts. 1443 e 1444, do ccb. súmula 279. Dissídio pretoriano não comprovado, nos termos da súmula 291. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AI nº 88416, 1983)

14. “É ineficaz, no contrato de adesão, cláusula inserida em documento que - embora registrado em cartório - não foi exibido ao consumidor, no momento da adesão (CDC, Arts. 46 e segs.)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2007)

Assim, sem prejuízos de eventuais divergências conceituais e das ingerências governamentais, toda a comunidade jurídica nacional afirma a necessidade de relativização da autonomia das vontades para que a atuação estatal seja dada a garantir os demais interesses protegidos que não apenas a liberdade costumeira de negociar.

Tudo isto já vinha sendo determinado desde o período anterior à Constituição de 1988 e às modificações modernas, desde a época dos primeiros contatos do Supremo Tribunal Federal com situações a serem protegidas, como determinado para contratos de seguro¹⁵, etc.

Por outro lado, com a virada dos valores jurídicos descritos anteriormente, o ordenamento jurídico foi sensivelmente incrementado com diplomas normativos de aplicabilidade ainda maior do que os experimentados anteriormente, aumentando o grau de proteção de determinados direitos ou interesses, como ocorrido com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 1990, inclusive pela definição de forma de interpretação e pela conceituação dada ao contrato de adesão.

Este diploma consolidou diversos institutos apresentados pela doutrina e positivou a seguinte definição para o contrato de adesão, na forma do conhecido art. 54. Além de positivizar de forma definitiva o instituto, traz à lume esta norma a consolidação da necessidade de intervenção estatal e as justificativas de proteção face abusividades ou medidas de permissão de desconsideração pelo poder judiciário. No mesmo bojo, como cediço, o Código Civil de 2002 traz as famosas previsões de interpretação e nulidade de clausulado no negócio de adesão, logo na esteira da máxima da função social dos contratos.

5. INTERVENÇÃO ESTATAL E FUNÇÃO DO DIREITO

Ainda que muitos setores sociais já testemunhassem na história indícios da intervenção estatal, a atuação pública ganha outras modelagens com o advento de toda esta virada nas relações contratuais, incorporando as influências externas para o controle de setores da iniciativa privada, registrada por VITAL MOREIRA (2003 p. 65):

15. “Contrato de adesão. Valor relativo. Cláusulas determinadas de não responsabilidade, adjetas a contrato de seguro de vida, consideradas de nenhuma validade. Recurso extraordinário conhecido e provido, para a decretação da procedência da ação. Decisão unânime, em tribunal pleno.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1964)

os serviços de interesse económico geral supõem um regime mais ou menos intenso de regulação pública, incluindo uma autoridade reguladora, com poderes para implementar e superintender a observância das obrigações de serviços público e de sancionar as eventuais infracções aos respectivos deveres.

A mudança do Estado fez-se óbvia e inegável. O papel estatal naquela visão liberal não mais se confunde com o surgido pós Estado Social, bem mais intervencionista nas relações privadas, utilizando todas aquelas formas jurídicas destacadas acima.

Diante de muitos argumentos, fundamentos diversos servem para justificar que o Estado participe de forma ativa nas relações privadas, procedendo a determinação de conteúdo, regulando de maneira efetiva interesses contrapostos, além, é claro, de fiscalizar comportamentos privados, sempre em razão dos interesses protegidos. Tal fotografia é a marca do Sistema Nacional de Seguros Privados contemplado no Decreto-lei nº 73/66, ainda que pudesse também ser encontrado em outros setores da vida privada.

Toda esta invasão na esfera privada é ainda apoiada na eficácia horizontal dos direitos fundamentais em foco, sempre no resguardo do interesse público ou social envolvido. Como cediço, os princípios fundamentais da Carta Política irradiam-se para os seguintes detalhamentos do texto de 1988. Tal conjunto de valores¹⁶ repercutirá nos diversos subsistemas constitucionais, impondo severas condutas para a atuação de todos os agentes públicos¹⁷.

Reforçando tal aceção Luiz Cruz¹⁸ incorpora no pensamento da Constituição como uma ordem de valores, afinando-se com as posições do Tribunal Constitucional Federal Alemão que deduziu o denominado

16. “Sobretudo em regimes democráticos, os dispositivos constitucionais são hauridos de valores sociais de existência ou de fato, e representam um compromisso histórico, ideológico, político, econômico, filosófico, por tudo um significativo pacto das forças políticas e sociais representadas ou não e a real possibilidade legislativa de instituição de um documento que se impõe pelo que representa e dotado de vontade, cujos alicerces justificam seu poder normativo”. (BONIFÁCIO, 2008, p. 30)

17. “No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo.” (ÁVILA, 2006, p. 45)

18. “Del carácter objetivo-valorativo de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional Federal deduce asimismo su ‘efecto de irradiación’ (ausstrahlungswirkung) sobre todo el ordenamiento jurídico.” (CRUZ, 2005, p. 16)

efeito de irradiação daqueles valores fundamentais de forma a perpassar todo o ordenamento¹⁹, influenciando até mesmo as normas anteriormente classicamente afetadas ao direito privado e a toda a administração²⁰.

Casando perfeitamente com todo o aqui afirmado, a atuação dos Tribunais nacionais tem contribuído decisivamente para este papel, como em recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de justiça (BRASIL, 2009), cuja transcrição parcial é medida forçada dada a sua clareza e precisão:

(...) 6. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

7. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

8. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais.

19. Como já foi ilustrado no famoso ‘caso Lüth’, o Tribunal Federal Constitucional estende tal carga valorativa inclusive para os campos do Direito Privado. Eis a dicção do julgado: “(...) o Tribunal Constitucional precisa avaliar tão somente o chamado ‘efeito de irradiação’ (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional.” (MARTINS, 2005, p. 389)

20. Nas linhas do próprio Tribunal: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”. (Ibid.)

Esta mitigação dos anteriores pilares do liberalismo clássico do direto privado contratual, com a passagem efetiva a um Estado ativo e prestativo na defesa dos interesses fundamentais elencados como valores constitucionais realmente rompe com uma visão arcaica das relações contratuais, merecendo de toda a comunidade jurídica máxima atenção na compreensão deste fenômeno jurídico. Esta preocupação não é diferente nos contratos de seguro, impondo aos seus operadores o diálogo destes aspectos com os elementos técnicos da atividade.

6. A ATUAÇÃO DA FUNÇÃO REGULATÓRIA

No mercado de seguros toda esta compreensão da intervenção estatal e seu conseqüente dirigismo contratual naturalmente encontra fundamento legal, seja pela antigo Decreto-lei nº 2.063/1940 como pelo ainda hoje vigente Decreto-lei nº 73/1966. Este marco setorial tem, entre as suas marcas, a criação da estrutura vigente do Sistema Nacional de Seguros Privados, incluindo a autarquia com o exercício do poder de polícia e as suas funções de regulação. Ainda que este tenha sido pontualmente atualizado ou modificado, é fácil encontrar vozes quanto a sua estrutura envelhecida ou mesmo por não reconhecer novas figuras já consagradas em outros diplomas ou mesmo das atividades setoriais.

Tal registro é importante justamente para encontrarmos as formas de exercício daquela intervenção e do dirigismo contratual. No fundo, a zona de atuação do poder das autarquias de controle e demais órgãos de normatização e os limites do Princípio da Legalidade já foram objeto de diversos debates, prevalecendo a melhor conclusão de que a lei não representa a única fonte de definições. E, ainda que fundada nua estrutura desenhada na distante década de 1960, neste aspecto, o Sistema Nacional de Seguros Privados em nada se diferencia das mais novas formas regulatórias.

Para ilustrar, valemo-nos das preciosas lições de Carlos Roberto Siqueira Castro (in ARAGÃO, 2006, p. 54) contidas no ensaio “Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade”, *verbis*:

Desse modo, a variedade dos problemas socioeconômicos teve de corresponder a uma variedade de fórmulas jurídicas fabricadas nos mais diversos meandros do Poder Executivo, tudo compondo uma miscelânea de normas que refletem a sombra dos tentáculos do Estado intervencionista espreado-se por todos os quadrantes da vida social e que deixaram indignados os idealizadores da codificação.

Notadamente os chamados regulamentos econômicos, em suas várias modalidades, assumiram o papel de maior relevo na atividade normativa do Estado contemporâneo. Em especial no exercício do poder regulatório autônomo, pelo qual o governo edita normas regulamentares independentes da lei ordinária com arrimo na reserva regulamentar autônoma prevista expressa ou implicitamente em algumas Constituições da atualidade e que expressam genuíno poder legislativo governamental.

Cuida-se, em suma, de normas editadas com base na competência discricionária do Poder Executivo e destinadas a disciplinar setores não subsiste reserva legal por imperativa da Constituição.

E, após brilhante esboço de direito comparado, conclui o mestre constitucionalista que *“é certo que as exigências do governo contemporâneo acabaram por consagrar entre nós a prática dos regulamentos autônomos e independentes da lei, infelizmente nem sempre acompanhada da devida teorização constitucional e democrática”* (in ARAGÃO, 2006, p. 60).

No caso do setor de seguros, repete-se que fica ainda mais clara a possibilidade de edição de normas disciplinadoras da atividade, notadamente por todas as previsões de outorga de competências ao CNSP feitas pelo Decreto-lei nº 73/66 e, mais especificadamente, à SUSEP.

Não apenas a doutrina nacional assim reconheceu, mas também o tema já foi objeto de afirmação pelo Poder Judiciário nacional, ainda que amparado no escólio dos mais abalizados autores nacionais. Destaca-se o contido no julgamento pelo STJ do Recurso Especial nº 1.216.673 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009) que reconheceu tal possibilidade, com o relevo de que se tratava de caso atinente aos contratos e respectivos títulos de capitalização à luz do enxuto Decreto-lei nº 261/67 e do exercício do papel regulamentar. É encontrado no voto do relator:

Abro aqui um parêntese para esclarecer que a normatização de algumas matérias, particularmente daquelas de cunho econômico-financeiro, por meio de resoluções, circulares e outros instrumentos não legislativos, tem sido aceita pela jurisprudência pátria, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de possibilitar à administração controlar e regular, de forma ágil e especializada, determinados setores da economia, respeitados os limites explicitados no ato de delegação respectivo. A Constituição Federal, conquanto tenha afastado o Estado da exploração direta de certas atividades econômicas, deu-lhe

atribuições de agente normativo com a missão de fiscalizar, incentivar e planejar aquelas mesmas atividades, conforme previsto no art. 174.

De forma a corroborar tudo isto ainda se pode adicionar o fato de que as previsões assim seriam frutos de políticas regulatórias da Superintendência, trazendo à lume determinações normativas especializadas criadas no âmbito do Sistema Nacional de Capitalização. Tal prática já foi até mesmo validada em situação anterior do próprio regramento aplicável aos contratos de capitalização, como por exemplo na previsão dos prazos de carência para a devolução de valores. Neste prisma, bastante esclarecedor os argumentos havidos no julgamento do REsp 1216673 (BRASIL, 2009) perante o Superior Tribunal de Justiça, que assim acabou ementado:

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE PRAZO DE CARÊNCIA PARA DEVOLUÇÃO DE VALORES APLICADOS. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A manifestação do Ministério Público após a sustentação oral realizada pela parte não importa em violação do art. 554 do CPC se sua presença no processo se dá na condição de fiscal da lei.
2. Não pode ser considerada abusiva cláusula contratual que apenas repercute norma legal em vigor, sem fugir aos parâmetros estabelecidos para sua incidência.
3. Nos contratos de capitalização, é válida a convenção que prevê, para o caso de resgate antecipado, o prazo de carência de até 24 (vinte e quatro) meses para a devolução do montante da provisão matemática.
- 4. Não pode o juiz, com base no CDC, determinar a anulação de cláusula contratual expressamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio se não houver evidência de que o consumidor tenha sido levado a erro quanto ao seu conteúdo. No caso concreto, não há nenhuma alegação de que a recorrente tenha omitido informações aos aplicadores ou agido de maneira a neles incutir falsas expectativas.**
- 5. Deve ser utilizada a técnica do “diálogo das fontes” para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico; no caso, as normas específicas que**

regulam os títulos de capitalização e o CDC, que assegura aos investidores a transparência e as informações necessárias ao perfeito conhecimento do produto.

6. Recurso especial conhecido e provido. (Destaques nossos)

Diversos outros casos no Sistema Nacional de Seguros apreciados nos tribunais nacionais apresentam esta mesma característica, incorporando nas suas razões de decidir as normatizações setoriais expedidas pela SUSEP ou pelo CNSP. Importante ainda registrar que neste caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça o relator validou o aspecto regulatório produzido pela Superintendência, combinando todos os aspectos decorrentes do sistema de defesa do consumidor para concluir que não haveria qualquer abusividade se garantido o efetivo direito de informação e a essência do contrato.

Naturalmente não nos cumpre o papel de análise da conveniência dos formatos de atuação administrativa e o mecanismo de dirigismo contratual empregado, sendo tal conclusão parte da definição da política de regulação a ser definida pelos órgãos diretivos da autarquia e do CNSP. O fato é que diversas normas expedidas por este poder regulador prescrevem condições gerais, quase que estabelecendo as regras básicas para as definições contratuais.

De tudo, ainda que a prescrição de normas primárias de intervenção na vida privada seja obviamente uma matéria reservada à lei, não há impedimento de que as condições a serem pactuadas entre as partes tratem de suas repercussões *inter partes*, até mesmo para deixar claro suas características na relação entre elas.

7. ALGUMAS CONCLUSÕES

Por tudo, se, de um lado, é inegável que a atividade de seguros é tipicamente instrumentalizada por meio de um típico contrato privada, de outro, não há dúvidas também de que se trata de uma forma bastante atingida por todo o dirigismo contratual decorrente das formas de intervenção governamental e do poder de polícia setorial. E, de certa forma, não há maiores questionamentos sobre a possibilidade desta realidade, que encontra fundamentos nas próprias transformações que as obrigações privadas vieram sofrendo ao longo do século passado.

Este cenário exige de todos os aplicadores e intérpretes que se pondere sobre os contratos de seguros com olhares não apenas nos clássicos

prismas da doutrina clássica do contratualismo liberal ou do voluntarismo puro. Impõe-se os temperos com os predicados da intervenção do estado no domínio privado e com seus instrumentos decorrentes do poder de polícia.

Evidente que os contratos de seguros estarão afetos a tal contexto, ainda que se reconheça que algumas modalidades sejam mais afetadas do que outras, como, por exemplo, as formas de contratação de massa em comparação com aquelas desenhadas especificadamente para determinado risco ou cobertura. Independentemente disto, em alguma intensidade, haverá sempre no mercado de seguros alguma dose de dirigismo contratual. Esta é a herança da estrutura normativa e do marco setorial do século passado.

É fato que tudo isto ganha novos capítulos com os princípios da Lei da Liberdade Econômica – Lei nº 13.784, de 2019 – e as premissas de uma intervenção subsidiário e excepcional nas atividades econômicas, inclusive diante da nova redação dada ao art. 421 e a inclusão do art. 421-A do Código Civil. Mas, sobre este fato, já seria objeto de um outro estudo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos (organizador) *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 1ª. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª. ed. rev. atua. São Paulo: Saraiva, 2006

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direitos Constitucional Internacional – e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008, - Coleção Professor Gilmar Mendes, nº 8

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma, *AgRg no REsp nº 807.052/RS*, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/04/2006, p. DJ 15/05/2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª turma, *REsp nº 897148/MT*, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 20/09/2007, p. DJ 08/10/2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Tuma, *AgRg no REsp 838127/DF*, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/02/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – *REsp Nº 1.216.673*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª t, j. em 2.6.2011, DJe 9.6.2011, RSTJ vol. 223 p. 508; RT vol. 911 p. 529

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2º. Turma, *RE n° 44.226*, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. em 20/12/1960, p. DJ 25/01/1961

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, *SEC n° 5847*, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01/12/1999, p. DJ 17/12/1999

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª turma, *AI n° 88416*, rel. Min. Neri da Silveira, j. em 03/05/1983, p. DJ 10/06/1983

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, *RE n° 56841*, rel. Min. Antonio Villa Boas, j. em 05/11/1964, p. DJ 08/12/1964

CRUZ, Luis M. *La constitución como orden de valores – problemas jurídicos y políticos*. Granada: Conares, 2005

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2007

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

MARQUES, Maria Manual Leitão, MOREIRA, Vital. *A Mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003

MARTINS, Leonardo (organizador). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Montevideo: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1949

RECEBIDO EM: 12/03/2021
APROVADO EM: 21/09/2021

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E COERÇÃO: A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*CONSTITUTIONAL STATE OF LAW AND COERCION: THE IRRETROACTIVITY
OF THE LAW IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW*

*Sandro Lúcio Dezan¹
Dante Aguiar Parente²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Unidade do Direito Público Punitivo (Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador). 2. A Irretroatividade das Leis e a exceção de Aplicação da Lei Posterior mais Benéfica Existente no Direito Penal. 3. Aplicação do Princípio da Lei Posterior mais Benéfica no Direito Administrativo Sancionador. 3.1. Teses Favoráveis à

1. Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho - UMinho, Braga, Portugal; Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Mestrado e do Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito e Políticas Públicas (PPGD), do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
2. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2021). Procurador Federal na Procuradoria Geral Federal, com atuação na área de Direito Administrativo e Regulatório.

retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 3.2. Tese intermediária à retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 3.3. Teses desfavoráveis à retroatividade da lei mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda a aplicação do princípio constitucional penal da aplicação retroativa da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador. Busca-se avaliar se o referido princípio constitucional penal incide obrigatoriamente em todo o direito administrativo sancionador ou se há uma margem de liberdade para o legislador sobre o tema. Para tanto, por meio do método descritivo bibliográfico e a partir de uma metodologia hipotético-dedutiva aplicada à análise de direito comparado, avaliam-se as origens e fundamentos da unidade do poder punitivo estatal elaborada na Espanha, para considerar a aplicação dos princípios constitucionais penais no direito administrativo sancionador brasileiro. No âmbito do direito espanhol, defende-se que a aplicação dos princípios penais no direito administrativo sancionador deve ocorrer com matizes, ao empregar o princípio constitucional penal sensivelmente de modo diverso da concepção de direito penal. Concluir-se-á pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, indiscriminadamente, em todos os sub-ramos do direito administrativo sancionador.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio de Direito Público Sancionador. Retroatividade Lei mais Benéfica. Direito penal. Direito Administrativo Sancionador. Regulação Espanha e Brasil.

ABSTRACT: this article addresses the application of the penal constitutional principle of retroactive application of the most beneficial law in sanctioning administrative law. It seeks to assess whether the aforementioned penal constitutional principle necessarily affects all administrative sanctioning law or whether there is a margin of freedom for the legislator on the subject. To do so, using the bibliographic descriptive method and using a hypothetical-deductive methodology applied to the analysis of comparative law, the origins and foundations of the unity of state punitive power elaborated in Spain are evaluated, in order to consider the application of the constitutional penal principles in Brazilian sanctioning administrative law. In the scope of Spanish law, it is argued that the application of criminal principles in administrative sanctioning law must occur with nuances, when employing the penal constitutional

principle in a way that differs significantly from the concept of criminal law. It will be concluded that the principle of retroactivity of the most beneficial rule is inapplicable, indiscriminately, in all sub-branches of the sanctioning administrative law.

KEYWORDS: Principle of Sanctioning Public Law. Retroactivity more Beneficial Law. Criminal Law. Administrative Sanctioning Law. Spain and Brazil regulation.

INTRODUÇÃO

Sob o vértice de ser a Constituição Federal o diploma normativo central do atual Estado Democrático de Direito, a modular com diversos matizes a incidência das normas de direito público sancionador nos diversos ramos epistemológicos do direito público, esta pesquisa busca investigar se o princípio³ da retroatividade da lei mais benéfica, constante no Direito Penal, aplica-se a todos os setores do Direito Administrativo Sancionador, ramo jurídico este cujo objetivo é regular a persecução de infrações administrativas e a aplicação de sanções administrativas⁴.

Infração será aqui tratada como um descumprimento voluntário à norma jurídica (MELLO, 2010, p. 847). Por sua vez, sanção é uma medida aplicada ao infrator com a finalidade de piorar ou rebaixar a situação jurídica do sancionado em razão da infração por ele cometida. Exclui-se do conceito de sanção aqui trabalhado a ideia de sanção premial, aquela em que se faculta uma benesse ao particular caso ele cumpra uma determinada ação (FREIRE, 2019, p. 72). Além disso, como assinala Mercado (2017, p. 4) sanção não se confunde com medidas de reestabelecimento da legalidade em que a Administração determina o desfazimento do ato

-
3. O verbete “princípio” será utilizado nesse trabalho não como uma espécie de norma em que sua aplicação se dá mediante o método de “maior medida possível” e o conflito entre ele e outro princípio se resolve pelo método da “ponderação”, defendidos por autores como Ronald Dworkin (2005) e Robert Alexy (2002). Ao contrário, o verbete será empregado como uma norma inicial que fundamenta uma ciência jurídica, nos exatos termos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, 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 sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (MELLO, 2010, p. 958-959).
 4. No presente estudo, partimos da premissa de que o princípio da irretroatividade da norma sancionadora possui natureza estritamente penal e ao nos referirmos ao direito administrativo sancionador, reportamos ao seu sentido amplo, a envolver normas de natureza híbridas, notadamente de caráter não somente punitivo, mas, também, retributivo patrimonial.

infracional, ou seja, o retorno ao status anterior à prática da infração (e.g. recomposição de área degradada e interrupção de atividade iniciada sem a prévia autorização estatal).

A adjectivação de infrações e sanções em *administrativas* cumpre unicamente com o propósito de diferenciá-las das infrações e sanções penais. Para identificar as infrações e sanções em administrativas e, portanto, do Direito Administrativo Sancionador e separá-lo assim do Direito Penal, adota-se o critério formal, pautado na “natureza (administrativa ou judicial) da autoridade competente para confirmar a incursão de alguém em uma conduta proibida, e, por isso mesmo, impor a sanção de mesma natureza” (FERREIRA, 2019, p. 91). Aplicando o referido critério, não se incluirá no conceito aqui adotado de Direito Administrativo Sancionador as hipóteses de sanções impostas em processos de improbidade administrativa e sanções cominadas pela Justiça Eleitoral.

A motivação de pesquisa surge em razão da ausência de regramento expresso sobre a retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador em inúmeros diplomas administrativos sancionadores, bem como inexistir um posicionamento pacífico sobre o tema na doutrina e, nomeadamente, na jurisprudência pátria⁵.

Diante desse possível delineamento de entendimento, quicá de natureza contraditória, acerca da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador, impõem-se a necessidade do presente estudo. Para tanto, serão abordados os seguintes pontos nodais para o deslinde da questão: (i) a necessária compreensão de unidade do Direito Público Punitivo (Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador); (ii) o conteúdo jurídico do princípio da irretroatividade das leis; e (iii) a aplicação do princípio da retroatividade das leis mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador, analisando as teses favoráveis e contrárias a sua aplicação, momento em que serão feitas considerações críticas sobre o sobre o tema.

Ao fim, serão apresentadas as conclusões desse estudo, em especial, a impossibilidade de extensão dos efeitos jurídicos da norma

5. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em uma possível síntese de evolução de entendimento, possui julgado entendendo pela inaplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica (e.g. AgRg nos EDcl no REsp 1.281.027/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012), bem como possui julgado defendendo sua aplicação (e.g. RMS 37.031/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018).

em comento, indistintamente, para todo e qualquer setor punitivo do Direito Administrativo Sancionador.

1. A UNIDADE DO DIREITO PÚBLICO PUNITIVO (DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR)

Na Espanha (NIETO, 2012) há um profícuo e antigo debate sobre a origem comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, aqui nomeado de Direito Público Punitivo. Algumas teses surgiram com o objetivo de identificar uma qualidade diversa das infrações e sanções administrativas e penais. Ocorre que todas essas teses pautadas em uma diferença qualitativa falharam em decorrência da criatividade do legiferante que poderia, diante de sua discricionariedade, estabelecer uma conduta como infração administrativa e posteriormente tipificá-la como crime, sendo o inverso também verdadeiro.

Para os adeptos da corrente da origem comum, não haveria uma diferença ontológica entre esses dois ramos jurídicos, existindo somente uma opção legislativa de identificar uma conduta como penalmente relevante ou não. Do ponto de vista jurisprudencial espanhol, Alejandro Nieto (2012, p. 125) lembra ser a Sentença do Tribunal Constitucional - STC de 9 de fevereiro de 1972 a primeira decisão a afirmar a existência de um supra conceito de ilícito que abrigaria os ilícitos penais e administrativos.

Inexistindo uma diferença ontológica entre Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, Llobregat (2012, p. 47) cita a proposta de Goldschmitt, Von Liszt e Von Lilienthal para o Código Penal da Prússia de criminalizar as infrações administrativas quando a conduta fora cometida com malícia, habitualidade e profissionalidade.

Uma razão para se buscar uma origem comum aos dois ramos é a possibilidade de se utilizar do Direito Penal como meio de integrar o Direito Administrativo Sancionador. Por ser um ramo jurídico mais maduro, possuindo ele uma construção teórica mais avançada, poderia se utilizar das lições e doutrinas ali desenvolvidas para solucionar questões presentes no Direito Administrativo Sancionador (NIETO, 2012, p. 131).

Com a alocação de inúmeros princípios e garantias penais dentro do texto constitucional, surge um outro propósito em se buscar um unificado direito público sancionador: a possibilidade de irradiar força normativa desses princípios e garantias penais constitucionalizados para todo o sistema punitivo estatal, seja ele de direito penal ou administrativo sancionador.

Seria assim a constitucionalização, nos moldes lecionados por Luís Roberto Barroso (2005), do Direito Público Punitivo.

No tocante à constitucionalização do Direito Público Punitivo espanhol, assim prevê a Constituição da Espanha de 1978 em seu artigo 25.1: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento” [ESPANHA. Constituição (1978)]⁶. O mencionado enunciado normativo alude expressamente aos princípios da legalidade e da irretroatividade das normas sancionadoras, sejam elas de natureza penais ou administrativas.

Outros princípios penais foram paulatinamente identificados na Constituição da Espanha, arrastando-os para o direito administrativo sancionador. Com efeito, a interpretação ofertada pela jurisprudência espanhola foi no sentido de extrair do artigo 25.1. da Constituição também o princípio do “ne bis in idem” (proibição de apenar mais de uma vez o agente por uma mesma conduta), identificando ainda o princípio da culpabilidade (a exigência do sistema jurídico de que o agente só possa ser punido caso tenha agido ao menos com culpa) como implícito ao texto constitucional. (PUIG et al, 2005, p. 37)

A tese da origem comum entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador possui respaldo doutrinário antigo no Brasil, como se pode ver do texto “Ilícito Administrativo e Ilícito Penal” de Nelson Hungria, datado de 1945. Nesse artigo, o autor debruça-se sobre a aplicação do princípio do “ne bis in idem” quando o mesmo fato é previsto como crime na órbita penal e infração na seara administrativa. Esse é o exemplo em abstrato de inúmeros tipos penais passíveis de serem cometidos *por funcionário público contra a administração que, em geral, também se revelam como infrações administrativas nos estatutos disciplinares dos servidores*. Com base na tese da origem comum, Nelson Hungria defendia ser juridicamente impossível o duplo apenamento:

(...) E apresenta-se, então, um debatido problema: em tais casos, tratando-se do mesmo agente, a aplicação cumulativa das duas penas -a administrativa e a criminal - importa, ou não, infração do non bis in idem? Ainda mais: absolvido no juízo penal, pode o acusado, pelo mesmo fato, ser condenado no processo disciplinar? Ou ainda:

6. No original: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” [ESPANHA. Constituição (1978)].

condenado precedentemente no processo disciplinar, mas vindo a ser, pelo mesmo fato, absolvido no juízo penal, tem o acusado direito à *restitutio in pristinum*? Não obstante a diversidade das vias processuais (uma administrativa, outra judicial penal), a resposta, em nosso modo de entender, não pode deixar de ser afirmativa no primeiro e no terceiro caso, e negativa no segundo (HUNGRIA, 1945, p. 28).

De modo mais abrangente, Bandeira de Mello (2010, p. 847) utiliza-se da tese da origem comum para aplicar os princípios penais constitucionais ao Direito Administrativo Sancionador⁷.

O reconhecimento da origem comum do sistema punitivo público unificado com a consequente ampliação do emprego dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, contudo, não foi isenta de dificuldades. Os mesmos tribunais espanhóis que cuidaram de aplicar os princípios penais no Direito Administrativo Sancionador, não tardaram a identificar problemas práticos em sua aplicação ampla e irrestrita. Para contornar tais problemas, os tribunais passaram a defender uma aplicação dos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador com nuances. Como exemplo, cita-se a STC n. 18/1981, de 8 de junho:

(...) deve-se lembrar que os princípios inspiradores da ordem criminal se aplicam, com certas nuances, à lei de sanção administrativa, uma vez que ambas são manifestações da ordem punitiva do Estado, conforme refletido na própria Constituição (artigo 25, princípio da legalidade) e uma jurisprudência muito reiterada de nossa Suprema Corte (acórdãos da Quarta Secção de 29 de setembro, 4 e 10 de novembro de 1980, entre os mais recentes), a ponto de um mesmo bem jurídico poder ser protegido por técnicas administrativas ou criminais, ainda que no primeiro caso com o limite estabelecido no artigo 25, em seu número 3, ao afirmar que a Administração Civil não poderá impor sanções que impliquem direta ou subsidiariamente a privação de liberdade. Deve-se acrescentar que, juntamente com as diferenças observadas na aplicação dos princípios inspiradores, existem outras de caráter formal para a qualificação (crime ou contravenção ou ofensa administrativa), competência e procedimento (criminal ou administrativo com recurso

7. “Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, conforme correto e claríssimo ensinamento, que boamente sufragamos, de Heraldo Garcia Vitta.” (MELLO, 2010, p. 847).

subsequente ao jurisdição administrativa-contenciosa); além do limite já indicado em relação ao conteúdo das sanções administrativas⁸.

No tocante ao princípio da legalidade, não é incomum as leis sancionatórias autorizarem normas de hierarquia inferior à lei completá-las, detalhá-las e desenvolvê-las. Na prática, nem sempre é fácil saber até que ponto os regulamentos podem ir, sendo comum existir regulamentos que desenvolvem as disposições das leis sancionatórias de maneira bastante ampla, sem que os tribunais as anulem, como as infrações cometidas por funcionários públicos, previstas em regulamento, e as infrações profissionais, constantes nos códigos de ética das corporações (PUIG et al, 2005, p. 34).

No tocante ao princípio da culpabilidade do agente, após o seu reconhecimento como implícito na constituição e decorrente dos direitos fundamentais, parece ter sido matizado pelas nuances do caso concreto, posto a dificuldade prática de aferir dolo ou culpa de pessoas jurídicas. Nesse sentido, a sentença de 30 de outubro de 2017 (Recurso 1788/2015) do Tribunal Audiencia Nacional entendeu ser devido o sancionamento do acusado quando haja o descuido ou a mera falta de diligência. O caso versava sobre o envio, de forma desautorizada, pela empresa de distribuição de gás de informações pessoais de um consumidor para uma outra pessoa. A acusada defendia que o fato decorreu de um erro

8. No original: “(...) há de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia, y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además, del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas” (ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC n. 18/1981). Disponível em: < <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/18>>. Acesso em: 06 ju. 200.

procedimental, inexistindo assim culpa em sua atuação.⁹ Nesse caso, a culpabilidade foi utilizada, não para configurar a infração, mas somente para graduar a sanção imposta.

Em um caso de sanção administrativa aplicada contra uma pessoa jurídica empresária prestadora de serviços financeiros, a STS de 17 de dezembro de 2013 (RJ 2013, 8205) negou a aplicação do erro de proibição (desconhecimento da ilicitude do fato infracional) como meio arguido para anular uma sanção administrativa. De acordo com o tribunal espanhol, por ser o infrator uma pessoa jurídica, não seria a ela aplicada a mesma culpabilidade de uma pessoa natural. Além disso, por seu porte e tamanho, deveria ela ser dotada de órgãos internos dotados de especialidade técnica para aferir se ela praticava ou não uma atitude lícita (PUIG, 2015, p. 162).

Dos relatos acima, constata-se algumas dificuldades práticas de aplicar os princípios e institutos tal e qual encontrados no Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, o que ensejou à jurisprudência espanhola defender uma aplicação com *matizes*.

Essa inadequação parece ser fruto da intenção global de abarcar os mais variados temas regulados pelo Direito por alguns princípios jurídicos criados para um determinado ramo jurídico. No Brasil, o Direito Administrativo se espalhou para múltiplos setores, mormente após a criação das Agências Reguladoras, autarquias incumbidas de regular diversos setores da economia. Essa regulação, por óbvio, veio acompanhada de um poder punitivo estatal, como meio de obrigar a obediência àquela regulação estatal (VORONOFF, 2018, p. 29).

Antony Ogus (2004, p. 151), ao se referir ao Direito Regulatório britânico, argumenta que a regulação se propõe as mais diversas finalidades possíveis, desde a redução de falhas de mercado até finalidades redistributivas de riqueza da sociedade. Para tanto, abre-se a possibilidade do Estado se valer de diferentes níveis de intensidade regulatória para atingir os fins por ele propostos. Como exemplo, há regulações menos invasivas, como os (i) deveres de informação em que os produtores deverão informar certos fatos (*e.g.* obrigação expedidas pela Anvisa determinando

9. No original: “Pero, como reiteradamente hemos venido afirmando en esta materia, las sanciones no requieren intencionalidad o dolo sino que basta el mero descuido o falta de diligencia; en palabras de este Tribunal “basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”, y ello aunque no obtuviese provecho económico alguno” (ESPAÑA. Tribunal de Audiencia Nacional. Recurso 1788/2015). (Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/18>>. Acesso em: 06 ju. 200, Pág. 04).

especificar o conteúdo dos alimentos), poderão ainda (ii) serem exigidos aprovações estatais *a priori* para produzir determinado produto (*e.g.* outorga municipal para prestar serviços de viação urbana), (iii) padrões de performance em que são exigidos padrões de qualidade específicos, mas deixa o produtor livre sobre como operar e alcançar tais padrões (*e.g.* indicadores de qualidade no serviço de telefonia móvel) e (iv) padrões de especificação em que a Administração exige uma um certo método de produção ou um material específico (*e.g.* Padrão Brasileiro de Plugues e Tomadas formulado pelo INMETRO). Por óbvio, essas obrigações são acompanhadas de suas respectivas sanções, caso contrário a obrigação imposta careceria de *enforcement*, podendo ser ignorada pelos agentes do mercado.

Somente a visualização dos setores regulados por agências reguladoras já permite identificar uma imensidão de finalidades propostas e temas regulados, dotados de sanções administrativas mais diversas. Mas não é só isso. Se encaramos unicamente o tradicional Direito Administrativo Disciplinar, já se percebe a riqueza do tema. Isso porque há estatutos próprios para os servidores civis, existindo ainda normas específicas para os militares, cuja singularidade dos seus ofícios permite inclusive pena de reclusão (art. 5º, LXI e art. 142, §2º ambos da CF), algo impensável para os demais servidores civis.

Se há sanções administrativas para pessoas civis possuidoras de um vínculo jurídico especial com a Administração, como se percebe do Direito Administrativo Disciplinar, há ainda infrações previstas para pessoas naturais (ou jurídicas) destituídas de um vínculo especial com a Administração, como as infrações de trânsito e ambientais. Ao lado disso, há infrações específicas para pessoas jurídicas atuantes em determinados setores fortemente regulados (*e.g.* mercado financeiro, telecomunicações e energia elétrica), bem como para pessoas jurídicas que atuem em setores menos regulados (*e.g.* produção e comercialização de alimentos).

Essa multiplicidade de setores alcançados pelo Direito Administrativo importa em soluções jurídicas diversas que podem se mostrar inadequadas ao se utilizar os princípios constitucionais penais tal como imaginados para o Direito Penal. Por exemplo, o princípio da legalidade no Direito Penal esculpido no art. 5º, XXXIX da CF exige a previsão do crime e sua respectiva pena por lei. Mas não é só isso, a doutrina extrai do princípio da legalidade os subprincípios da reserva de lei e da taxatividade. Pelo subprincípio da reserva legal, somente a lei em sentido formal pode descrever condutas criminosas, restando vedado ao legislador criar tipos

penais mediante decretos ou outros instrumentos normativos¹⁰. Já pelo subprincípio da taxatividade, a lei incriminadora deverá ser certa, não contendo preceitos amplos a impedir a compreensão da conduta ilícita.

A forma como o legislador se valeu para criar sanções no Direito Administrativo Sancionador é bastante variável. Há exemplos em que o tipo infracional, bem como a respectiva sanção estão previstas diretamente em uma lei formal, como se percebe do Código de Trânsito Brasileiro – CTB¹¹. De outro modo, as infrações ambientais foram previstas no art. 70, Lei n. 9.605/98, porém o legislador o fez de modo extremamente lacônico, deixando o tipo infracional para um instrumento normativo de hierarquia inferior, *in casu*, o Decreto n. 6.514/2008¹².

Uma outra forma, ainda mais alargada da legalidade, consta no setor de telecomunicações, em que o legislador afirmou ser uma infração administrativa um ato contrário às disposições da Lei Geral de Telecomunicações, bem como outros diplomas normativos, como contratos de concessão e resoluções da Anatel¹³. Em sentido bastante similar, é a

10. Conforme o STF: “Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. (...) As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121.835 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 13-10-2015, 2ª T, DJE de 23-11-2015.)

11. Art. 208, Lei n. 9.503/97. Avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória: Infração - gravíssima; Penalidade - multa. Art. 258, Lei n. 9.503/97. As infrações punidas com multa classificam-se, de acordo com sua gravidade, em quatro categorias: I - infração de natureza gravíssima, punida com multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) (BRASIL, Lei n. 9.503/97).

12. Art. 70, Lei n. 9.605/98. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (BRASIL, Lei n. 9.605/98).

Art. 43, Decreto n. 6.514/2008. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008). Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração. (BRASIL, Decreto n. 6.514/2008).

13. Art. 173, Lei n. 9.472/97. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: (Vide Lei nº 11.974, de 2009) I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade. (BRASIL, Lei n. 9.472/97).

previsão de infrações administrativas ao mercado de capitais¹⁴. Nesses dois setores, sequer existem tipos infracionais nos moldes daqueles enxergados no Direito Penal.

Desse relato normativo, percebe-se que a defesa do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, tal como compreendido no Direito Penal, vai de encontro ao direito positivo pátrio em que se constata uma ampla possibilidade de estipulações de infrações administrativas. Isso porque a lei formal previu as infrações, mas deixou à cargo da Administração minudenciar a conduta infracional.

Vitor Schirato (2017, p. 180), concordando com a doutrina dos autores italianos Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, pontua que o princípio da legalidade do Direito Penal é avesso ao Direito Administrativo “pois a razão de existir do princípio em questão é própria do Direito Penal, não podendo ser transmitidas para o Direito Administrativo, sobretudo no que se refere às origens históricas, âmbito, condições de incidência e objetivos”.

Focando nessa diferença sobre o âmbito de atuação, pode-se cogitar que essa margem de atuação do legislador na formatação das infrações administrativas se dê justamente pela já constatada ampla atuação do Poder Público nos mais variados setores. Visando assim ofertar uma melhor resposta legislativa, tipifica-se infrações administrativas de modo similar ao Direito Penal quando se tratar de sanções passíveis de recair sobre pessoas naturais sem qualquer tipo de vínculo com a Administração. O objetivo seria dotar o particular de uma maior segurança jurídica, prevendo com maior exatidão a conduta proibida.

De outro lado, caso se esteja perante setores fortemente regulados, onde muitas vezes existem vínculos prévios – ou relações especiais de sujeição, nos dizeres de Fábio Osório (2019, p. 174) – entre a Administração e particulares, e esses entes regulados sejam pessoas jurídicas dotadas de ampla capacidade econômica, capazes de custear um corpo técnico para os auxiliar com as complexidades regulatórias do setor, nesses casos, a Administração parece se valer de infrações administrativas pelo mero descumprimento de resoluções das Agências Reguladoras. Parece existir,

14. Art. 11, Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017). (BRASIL, Lei n. 6.385/1976).

em verdade, uma flexibilização da segurança jurídica em prol de uma maior agilidade na elaboração das normas, visando acompanhar a dinamicidade do setor e a alta especialização da matéria regulada.

Dos exemplos acima, constata-se a existência de situações fáticas diversas e, portanto, merecedoras de respostas jurídicas diversas.

Não há dúvidas de que o Direito Administrativo Sancionador haure sua legitimidade do texto constitucional. Pode-se inclusive afirmar que o poder de polícia e o poder disciplinar fundamentam o Direito Administrativo Sancionador. Enquanto o primeiro é imprescindível para o Estado “arbitrar e conciliar o choque entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupos de indivíduos”(MEDAUAR, 2018, p. 335), visando assegurar os direitos fundamentais de todos, o segundo se propõe “preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura” (MEDAUAR, 2018, p. 112).

Fundamentando-se na ordem constitucional vigente, certo é que o princípio da legalidade opera no Direito Administrativo Sancionador, mas não o faz nos moldes do princípio da legalidade penal extraída do art. 5º, XXXIX da CF, sendo, ao contrário, haurida do princípio da legalidade do direito comum, prevista no art. 5º, II da CF.

Por tudo o que fora dito, não parece haver dúvida de que o poder punitivo estatal seja o mesmo, existindo apenas uma discricionariedade do legislador para configurar algumas condutas como crimes ou infrações administrativas, cabendo ainda a ele determinar as respectivas sanções. Além disso, dúvida também não existe de serem o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador fundamentados no texto constitucional. Dessas premissas, por outro lado, não é possível extrair a conclusão de estarem o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador submetidos aos mesmos princípios constitucionais, sendo tais princípios aplicados de modo idêntico nesses dois ramos jurídicos. Em igual sentido, é a conclusão de Fábio Medina Osório (2019, 154):

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.

A abordagem acima realizada para o princípio da legalidade teve o condão de demonstrar a criatividade do legislador ao estabelecer normas no Direito Administrativo Sancionador divergentes daquelas exigidas pela ordem constitucional para o Direito Penal. O objetivo foi de expor que o legislador não acata a tese de princípios constitucionais comuns para o Direito Público Punitivo. Isso não se revela pernicioso ao sistema jurídico ou aos particulares, sendo, ao contrário, fruto de exigências práticas do setor regulado. Essas necessidades já haviam sido percebidas pela jurisprudência espanhola, que, apesar de insistir na tese da principiologia constitucional unitária para todo o Direito Público Punitivo, contorna esses problemas fáticos encontrados ao defender a tese da aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador com *matizes*.

Estabelecido esse ponto de impossibilidade jurídica da idêntica aplicação de princípios constitucionais penais ao Direito Administrativo Sancionador, cumpre agora analisar o princípio da irretroatividade das leis e a exceção prevista no Direito Penal de retroatividade mais benéfica.

2. A IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E A EXCEÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA EXISTENTE NO DIREITO PENAL

O presente tópico busca demonstrar o contorno jurídico do princípio da legalidade e de seus corolários no âmbito do Direito Penal, para, em item seguinte, confrontá-lo com as suas nuances ao ser transposto para o Direito Administrativo Sancionador.

Rubens Limongi França lembra que a noção de irretroatividade das leis não é fruto da modernidade. Buscando sua fonte no Direito Romano, o autor foca na Primeira Regra Teodosiana, do ano de 393, segundo a qual “Todas as normas não fazem calúnia aos fatos passados, mas regulam apenas os futuros”, como um dos primeiros marcos formais da regra da irretroatividade das leis. Alguns anos mais tarde, datando de 440, a Segunda Regra Teodosiana (FRANÇA, 1974, p. 88) é mais explícita:

É norma assentada (*certum est*) a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros (*futuris negotiis*) e de que não atingem fatos passados (*facta praeterita*), a não ser que tenham feito referência expressa (*nominatim cautum sit*), quer ao passado (*praeterito tempore*), quer aos negócios pendentes (*pendentibus negotiis*).

Por tem um nítido caráter de promoção da segurança jurídica, a regra da irretroatividade foi adota em Portugal e posteriormente no Brasil, constando já na Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 25 de Março de 1824, ordenava, em seu artigo 179, III que nenhuma lei poderia vir a ser estabelecida sem utilidade pública e que sua disposição não poderia ter efeito retroativo (MONTE, 2009).

No ordenamento jurídico então vigente, a regra da irretroatividade da lei consta no art. 5, inciso XXXVI da CF, segundo o qual a “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. No plano infraconstitucional, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) dispõe no mesmo sentido, aduzindo que a “lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

No âmbito do Direito Penal, o texto constitucional cuidou de garantir expressamente a regra da irretroatividade das leis na primeira parte do inciso XL do art. 5.º (“a lei penal não retroagirá”). Na segunda parte do mesmo dispositivo normativo, o texto constitucional permite a criação de exceções à regra da irretroatividade das leis, limitando-as, porém, ao benefício do réu (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

O art. 2.º do Código Penal, por sua vez, detalha mais o dispositivo constitucional, esclarecendo que a lei penal mais benéfica, tenha esse benefício a natureza que for (*e.g.* extinção da punibilidade, diminuição da pena, diminuição de prazo prescricional), retroagirá para beneficiar o réu, ainda que já exista sentença condenatória transitada em julgado (SANDULLI, 1989).

Da leitura dos dispositivos normativos constitucionais e penais, extrai-se ser a regra geral a da prevalência da lei em vigor quando da prática do fato (*tempus regit actum*). Contudo, visando beneficiar exclusivamente o réu/condenado, admite-se a retroatividade de uma norma penal (BRANDÃO, 2014). Essa retroatividade pode ocorrer quando uma lei posterior extingue o crime (*abolitio criminis*) ou quando a lei posterior é benigna em relação à sanção penal ou à forma de seu cumprimento (*lex mitior*) (BRANDÃO, 2014).

A indagação que fica é se essa exceção ao princípio da irretroatividade das leis prevista constitucionalmente e legalmente para o Direito Penal possui obrigatória aplicação para o Direito Administrativo Sancionador. Esse é o tema do próximo tópico.

3. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na Espanha, o artigo 25.1 da Constituição ao prever o princípio da legalidade, proíbe a retroatividade de normas penais e administrativo-sancionadoras para alcançar fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei, ou seja, veda-se a retroatividade em “*malam partem*”. Contudo, o texto constitucional espanhol nada menciona sobre a imperatividade da retroatividade da norma mais benéfica no campo do Direito Administrativo Sancionador. A aplicação da retroatividade mais benéfica para as sanções administrativas, lembra Rebollo Puig (2005, p. 37) foi promovida por obra do legislador, ao editar o art. 128 da Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común):

Artigo 128. Irretroatividade.

1. São aplicáveis as disposições sancionatórias em vigor no momento dos fatos que constituam uma infração administrativa.
2. As disposições sancionatórias produzirão efeito retroativo assim que favorecerem o suposto infrator¹⁵.

No direito pátrio, vale lembrar que no sistema tributário o legislador acatou a regra da retroatividade da lei mais benéfica, prevendo-a no art. 106, II do Código Tributário Nacional - CTN¹⁶. Interpretando esse dispositivo normativo, o STJ possui precedentes afirmando que a locução “ato não definitivamente julgado” contida no referido enunciado normativo permite alcançar o âmbito administrativo e o judicial, isto é, mesmo após o término do processo administrativo fiscal, já na fase de embargos do devedor em

15. No original: Artículo 128. Irretroactividad. 1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. (ESPAÑA, Ley 30/1992).

16. Art. 106, Lei n. 5.172/66. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...) II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (BRASIL, Lei 5.172/66).

execução fiscal, ainda sim poderá o contribuinte ser beneficiado pela edição de uma norma sancionatória mais benéfica¹⁷.

Dessa feita, o CTN seria um exemplo de que a retroatividade da lei mais benéfica abarcaria todo o Direito Administrativo Sancionador ou seria um exemplo de discricionariedade do legislador para dotar um determinado sistema punitivo com essa regra?

3.1. TESES FAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na doutrina nacional, a tese da retroatividade da norma mais benéfica aplicável a todo o Direito Administrativo Sancionador parece ser aquela que conta com mais adeptos, entre os quais, cita-se Régis Fernandes de Oliveira (1985, p. 44), Carlos Maximiliano (1996, p. 327), Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 430) e Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 156).

Jurisprudencialmente, o STJ possui alguns acórdãos defendendo a retroatividade da norma mais benéfica ao direito administrativo sancionador: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014; AR 1.304/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 26/08/2008. Anote-se ainda, o teor do RMS 37.031-SP, em que assinala que “considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in mellius* deve retroagir para favorecer o apenado” (STJ. REsp 1.153.083/MT, rel. min. Sérgio Kukina. DJe 19/11/14).

Além daqueles autores, destaca-se a posição de Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 146) e Péricles Ferreira de Almeida (2019, p. 157), ambos defensores da aplicação do citado princípio no Direito Administrativo Sancionador. Essa menção específica é válida, pois esses autores abordam hipóteses de aplicação de excludentes do referido princípio previstas no Direito Penal também para a seara administrativa, como as leis excepcionais ou de vigência temporária (art. 3º do CP) e alteração normativa ocorrida no complemento da norma sancionadora.

17. Precedentes: EDREsp 181.878-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 22.03.99; REsp 437.632/PR, Rel. Ministro Castro Meira, dez/05; AgRg no Ag 1.026.499/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 31.8.2009; AgRg no AREsp. 185.324/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.8.2012; REsp. 1.121.230/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 2.3.2010. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 146), o problema fático da aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador, abrangendo ainda as leis excepcionais ou de vigência temporária, seria a perda de todo o seu “atributo intimidativo, caso o agente, de antemão, já tivesse conhecimento de que, cessada a situação anormal, ou o intervalo de sua vigência, ficaria impune em face da injunção de retroatividade da nova norma retora da competência punitiva.”

No tocante às normas em branco contidas no Direito Administrativo Sancionador, Péricles Ferreira de Almeida (2019, p. 157) adota idêntico posicionamento àquele encontrado no Direito Penal. Isto é, caso a norma complementar do tipo infracional seja alterada, não será possível retroceder a nova regulamentação para alcançar o fato anteriormente praticado. Para melhorar elucidar a hipótese, cite-se o caso dos valores de dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia fixados no art. 24, I c/c o art. 23, I ambos da Lei n. 8.666/93. Com a alteração do valor limite para a modalidade de licitação “convite” promovida pelo Decreto n. 9.412/2018 (de R\$ 150 mil para R\$ 330 mil), o preço-teto para a dispensa de licitação foi automaticamente majorado. Seguindo a linha de intelecção do autor, essa alteração normativa, contudo, não poderia ser utilizada para beneficiar qualquer acusado, pois o princípio da retroatividade da norma mais benéfica não seria aplicado em tal caso.

A doutrina e a jurisprudência estudadas defendem a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador com base no argumento da unicidade do direito punitivo estatal, ou seja, da ausência de diferença ontológica entre as infrações administrativas e os crimes.

Além desse principal argumento, outros também se revelam presentes, em menor ou maior medida, como a (i) a necessidade de apenar os infratores de modo semelhante (princípio da igualdade), logo, a Administração não poderia sancionar um particular por um ato e, posteriormente, afirmar ser aquela conduta legal, deixando de apenar outras pessoas, (ii) a lei mais benéfica ao acusado deveria ser aplicada, por ser ela mais atual, mais próxima do pensamento e anseios da sociedade, e, por fim, (iii) a noção jurídica de “quem pode mais, pode o menos”, isto é, se a lei penal de natureza mais severa deve retroagir para melhorar a situação do apenado, tal fato também deveria ocorrer para as leis de sanções mais brandas.

3.2. TESE INTERMEDIÁRIA À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Fábio Medina Osório possui um entendimento intermediário acerca da aplicação da retroatividade mais benéfica no Direito Administrativo sancionador. O autor analisa o tema partindo do pressuposto de ser a retroatividade mais benéfica a regra geral no Direito Público Punitivo, incluso o Direito Administrativo Sancionador, pois quando o legislador a previsse, “estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo” (OSÓRIO, 2019, p. 288). Em casos dessa natureza, sustenta o autor não haver qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da previsão legal.

Lado outro, o legislador poderia impor expressamente restrições a essa retroatividade. Nessa hipótese, o intérprete deveria analisar se essa restrição possuiria algum fundamento no Estado Democrático de Direito, perquirindo acerca do direito fundamental impactado por essa restrição. Dessa feita, se a retroatividade mais benéfica fosse prevista legalmente, essa regra temporal poderia ser analisada no caso concreto pelo aplicador jurídico.

Problema ainda mais complexo ocorreria quando não houvesse menção expressa do legislador acerca do tema. Nesse caso, Fábio Osório (2019, p. 289) afirma que a retroatividade deveria operar quando os valores tutelados forem mais estáveis, “daqueles que demandam políticas públicas punitivas coerentes e centradas em escolhas racionais, dotadas de vocação à estabilidade, o que revelaria à priori, vocação à retroatividade” (OSÓRIO, 2019, p. 289).

3.3. TESSES DESFAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA EM TODO O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na doutrina, colaciona-se a posição de Rafael Munhoz Mello (2007, p. 153), enquanto Karla Virgínia Bezerra Caribé (2013) nega a retroatividade das normas mais benéficas para o Direito Ambiental. A Advocacia Geral da União – AGU¹⁸ tem posicionamento contrário à retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador.

18. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (PARECER n. 00028/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, constante no NUP: 00400.001077/2015-89).

Conforme pontuado em momento anterior desse trabalho, os princípios constitucionais penais não podem ser aplicados diretamente para o Direito Administrativo Sancionador, como se os dois ramos do direito estivessem submetidos ao mesmo regime jurídico principiológico. Do mesmo modo como laborado com o princípio da legalidade, quando se defendeu ser ele haurido do art. 5º, II da CF para o Direito Administrativo Sancionador, a aplicação da lei no tempo deve ser regida prioritariamente pelo art. 5, inciso XXXVI da CF, segundo o qual a “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Defendendo-se assim a aplicação, em regra, do princípio da irretroatividade das leis a ser aplicado no Direito Administrativo Sancionador.

No âmbito do STJ, é possível encontrar os seguintes acórdãos sustentando a irretroatividade da norma mais benéfica para o Direito Administrativo Sancionador: AgInt no REsp 1796106/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; REsp 1.176.900/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe 3/5/2010; AgRg no REsp 761.191/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2009, DJe 27/5/2009.

A primeira razão para a impossibilidade de haurir do texto constitucional o princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador reside na literalidade do próprio texto constitucional. O enunciado normativo do inciso XL do art. 5º da CF, ao mencionar expressamente as locuções “lei penal” e “réu” não deixa dúvida que sua norma é destinada para o Direito Penal. Além disso, o seu enunciado normativo faz uso de uma regra geral em sua primeira parte (“a lei penal não retroagirá”), prevendo ainda uma exceção em sua segunda parte (“salvo para beneficiar o réu;”). Por se tratar de exceção, é lição comezinha do Direito que exceções devam ser interpretadas restritivamente, o que impõe a impossibilidade jurídica de ampliar a exceção constitucional para todos os ramos do Direito Público Punitivo.

O segundo fundamento para a recusa na aplicação ampla e irrestrita do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador é o fundamento dessa retroatividade, como aponta Rafael Munhoz Mello (2007, p. 153):

A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica

funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador.

Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. [...]

Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator.

Não se ignora aqui a existência de sanções administrativas especialmente gravosas (e.g. extinção da pessoa jurídica), existindo ainda sanções penais bastante similares aquelas impostas na seara administrativa (e.g. multa). O fato é que, em regra, a sanção penal é mais gravosa do que aquela imposta na seara administrativa, atingindo a liberdade de locomoção do apenado. Deste modo, a retroatividade da lei mais benéfica em material penal tem um viés humanitário que não se repete no campo administrativo, não justificando igual retroatividade.

Em terceiro lugar, já fora pontuado que o Direito Administrativo Sancionador possui uma ampla presença nos mais variados setores da vida social. Essa sua característica impõe uma necessária compatibilização de suas normas com o setor a ser regulado, impedindo o uso de soluções-padrão, pretensamente hauridas do texto constitucional. Há setores que devido ao seu elevado dinamismo, soluções-padrão com base em normas despenalizadoras podem ter efeitos deletérios no sistema regulado.

Um exemplo pode ajudar a entender a inviabilidade do princípio em que haja forte regulação estatal, para isso se valerá do caso do setor de telecomunicações. As concessionárias de telecomunicações possuem o dever de universalizar a prestação do serviço de telefonia fixa (parágrafo único do art. 63 da LGT). Para densificar esse objetivo de universalização em metas mais concretas, passíveis de serem objetivamente mensuradas, periodicamente o Poder Executivo edita decretos contendo regras de “disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual,

ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas” (art. 80 da LGT).

Entre outras obrigações, determinou-se às concessionárias expandir a oferta de terminais de uso público - TUP, popularmente conhecidos como “orelhões”. Ocorre que o desenvolvimento tecnológico experimentado no setor tornou rapidamente os TUPs inúteis, ante a massificação da telefonia móvel. Ora, se se entender aplicável o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao setor de telecomunicações, com a paulatina retirada das obrigações de expansão dos TUPs, os descumprimentos das normas de regulatórias de universalização mediante TUPs deixarão de serem caracterizados como infrações administrativas.

O problema dessa estratégia regulatória é o seu potencial prejuízo ao setor, na medida em que favorece riscos morais, isto é, quando a regulação induz a comportamentos arriscados dos regulados, incentivando-os a apostarem que, por algum motivo, não precisarão suportar (total ou parcialmente) os custos desse risco. *In casu*, incentiva-se as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações a contestar as sanções administrativas no Poder Judiciário, visando unicamente protelar o seu dever de cumprimento da sanção administrativa, apostando na evolução tecnológica, na conseqüente alteração regulatória, e assim na extinção de sua punibilidade infracional.

O caso utilizado foi o dos TUPs, mas ele pode ser extrapolado para inúmeros outros casos no setor de telecomunicações (e.g. alterações em obrigações dos direitos dos consumidores, alterações de indicadores de qualidade do serviço).

Um outro setor pode ser utilizado como exemplo para comprovar a impossibilidade de aplicação automática do princípio da retroatividade da norma mais benéfica em todo o Direito Administrativo Sancionador, trata-se do Direito Ambiental. Nesse ramo jurídico, também não é conveniente a aplicação do referido princípio. Aqui, em que pese inexistir o dinamismo do setor de telecomunicações, os princípios constitucionais de proteção do meio ambiente devem imperar, de modo a desestimular toda e qualquer conduta infracional ao meio ambiente. Com a alteração legislativa imposta pelo novo Código Florestal (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012), o STJ apreciou inúmeros casos em que se alegava a retroatividade de norma mais benéfica, entre os quais, cita-se: REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.12.2008; PET no Recurso

Especial nº 1.240.122-PR, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012 e publicado em 19/11/2012;

No PET no Recurso Especial nº 1.240.122-PR, o Rel. Min. Herman Benjamin assim expressou seu entendimento desfavorável à aplicação da retroatividade de norma mais benéfica no Direito Ambiental:

Importa, finalmente, alertar que se deve ter cautela na pura e simples transposição para o âmbito florestal administrativo e civil da previsão constitucional de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inciso XL, grifei). Mesmo que se entenda, de maneira extensiva, que tal dispositivo aplica-se a toda e qualquer norma de imposição sancionatória (postulados extrapenais, isto é, os administrativos e civis), evidente que não se podem colocar sanções tributárias, de trânsito, de pesos e medidas, etc., em pé de igualdade com as de natureza ambiental. Primeiro, porque, na esfera ambiental, a relação jurídica básica não é apenas entre Estado e particular, mas entre as gerações futuras e o utilizador de recursos naturais. Aqui, o Estado nada mais é que mero administrador de peculiar e transcendental modalidade de bem de uso comum do povo - valor fundamental da sociedade contemporânea – a quem se atribui o officium de cumprir obrigação fiduciária intergeracional, baseada na confiança e nos deveres de lealdade e exercício razoável e proporcional do poder de gestão legislativa, executiva e judiciária. É a concepção do Estado Fiduciário Ambiental, sob o manto do qual, tomando de empréstimo o pensamento de Evan Fox-Decent (*Sovereignty’s Promise: The State as Fiduciary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 35 e 233), jamais se legitimará atuação estatal lastreada, aberta ou disfarçadamente, em discriminações arbitrárias, violadoras da dignidade e da igualdade entre os sujeitos-beneficiários, presentes e futuros, daí decorrendo, por outro ângulo, limites ao próprio conteúdo substantivo de legislação que, a ser diferente, seria válida¹⁹.

Os setores do Direito das Telecomunicações e do Direito Ambiental foram mencionados como exemplos da inadequação da aplicação da retroatividade de norma mais benéfica. Isso não quer dizer que o princípio deva ser afastado peremptoriamente do Direito Administrativo Sancionador. Ao contrário, significa dizer somente que cabe ao legislador apreciar em quais searas jurídicas ele deve ser aplicado, homenageando-se assim ao princípio da legalidade (art. 5º, II da CF). Caso não haja previsão legal

19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.240.122-PR.

acerca do tema, resta implícito que o legislador adotou a regra geral, qual seja, a irretroatividade das normas jurídicas.

O Direito Administrativo Sancionador, antes de ser um meio de impor sanções ao particular, é uma sub-ramo de diversos outros sistemas jurídicos, como o Direito Administrativo, Direito Regulatório, Direito Ambiental, Direito Tributário, entre outros. Dessa feita, as normas jurídicas desses sistemas devem repercutir nas sanções nele intestinas, restando desarrazoado buscar o fundamento de todos esses micro-sistemas punitivos no Direito Penal. Como alerta Alejandro Nieto (2012, p. 144), o Direito Administrativo Sancionador é, antes de mais nada, Direito Administrativo, recaindo o adjetivo *Sancionador* como meio de dar a ele uma qualificação de punitivo, mas sem retirá-lo a natureza de *Administrativo*.

Em resumo, a tese favorável à aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéficas em todo o Direito Administrativo Sancionador com base no argumento da unicidade do direito punitivo estatal, não merece prosperar, pois (i) atenta contra a literalidade do texto constitucional, (ii) o fundamento da retroatividade benigna presente no Direito Penal não se revela presente no Direito Administrativo Sancionador e (iii) ainda uniformiza o tratamento de um tema que não comporta uma solução unitária.

Expostos os argumentos contrários à adoção do benefício da retroatividade benigna ampla e irrestrita ao Direito Administrativo Sancionador, cumpre ainda tecer alguns comentários acerca dos argumentos expostos pelas duas outras teses. Além desse principal argumento, mais acima elencou-se outros três que porventura são utilizados para referendar a tese da aplicação da retroatividade benigna. São eles: (i) a necessidade de apenar os infratores de modo semelhante (princípio da igualdade), logo, a Administração não poderia sancionar um particular por um ato e, posteriormente, afirmar ser aquela conduta legal, deixando de apenar outras pessoas, (ii) a lei mais benéfica ao acusado deveria ser aplicada, por ser ela mais atual, mais próxima do pensamento e anseios da sociedade, e, por fim, (iii) a noção jurídica de “quem pode mais, pode o menos”, isto é, se a lei penal de natureza mais severa deve retroagir para melhorar a situação do apenado, tal fato também deveria ocorrer para as leis de sanções mais brandas.

O primeiro argumento escora-se no princípio da igualdade, ao defender ser injusto sancionar pessoas de modo distinto quando tenham elas cometido o mesmo ato. Somente seria possível utilizar o critério temporal

(fato cometido antes ou depois da lei mais benéfica) como método para ofertar respostas sancionatórias diversas, caso ele venha acompanhado de outra razão para tanto (ALMEIDA, 2019, p. 155). Discorda-se desse posicionamento, pois em se tratando de sucessão de normas no tempo, sempre um marco temporal terá que ser utilizado para delimitar o fim da vigência de uma norma e o início da outra, impondo assim regras diferentes para pessoas em mesma situação.

Caso se empregue o princípio da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, certamente deverá se estabelecer um ponto máximo de retroação. Utilizando-se o Direito Penal como norma integradora, seria o cumprimento da pena. Portanto, caso uma lei administrativa exclua a natureza infracional de uma conduta, aquele que pagou a multa administrativa um dia antes da entrada em vigor da lei não poderá ser agraciado por ela. Como se vê, essa tese não labora em favor do princípio da igualdade, apenas desloca no tempo o critério de distinção, migrando da entrada em vigor da lei para o cumprimento da sanção.

Utilizando-se a tese da retroatividade da norma mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador e tendo como limite a data de cumprimento da sanção, poderia-se chegar a casos ainda mais flagrantemente violadores do princípio da igualdade. Suponha dois sujeitos apenados pela mesma sanção administrativa. Suponha ainda que um deles está em mora de sua dívida, enquanto o outro efetuou seu pagamento. Nesse caso, se o pagamento ocorreu um dia antes da entrada em vigor da nova lei mais benéfica, ele não poderá reaver o que pagou, enquanto o outro terá sua multa administrativa anulada, beneficiando-se de sua mora.

Quanto ao dever de aplicar a lei mais benéfica por ser posterior, esse argumento também não pode prosperar. Se o critério fosse unicamente a cronologia legal, *a contrario sensu* poder-se-ia aplicar também a lei retroativa mais prejudicial, por ser aquela mais ajustada aos anseios sociais.

Ademais, não convence o argumento de que se o benefício da retroatividade da norma é deferido para as sanções mais pesadas, também o deveria ser para as sanções mais leves (noção jurídica de “quem pode o mais, pode o menos”). Argumento dessa natureza é utilizado quando se busca extrair de um comando legal outorgante de algum dever/faculdade/ônus, um outro dever/faculdade/ônus não previsto expressamente em lei e inferior àquele efetivamente positivado. Não é esse o caso. Aqui, se busca aplicar por analogia um dispositivo jurídico criado para um ramo jurídico para um outro.

A tese intermediária defendida por Fábio Medida Osório possui a vantagem de deferir ao legislador a opção de se valer da irretroatividade da lei no campo do Direito Administrativo Sancionador. Todavia, discorda-se do referido entendimento quando é defendida a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica como regra geral no Direito Administrativo Sancionador. O autor sugere a noção a ser aplicada pelo intérprete de que setores demandantes de políticas públicas punitivas mais perenes sejam agraciados com a retroatividade da lei mais benéfica. Todavia, esse não parece ser o único vetor de decisão, conforme se percebeu do Direito Ambiental, em que o STJ entendeu ser o bem jurídico em si o fator de necessário impedimento de retroação normativa mais benéfica.

Nessa senda, prefere-se outorgar unicamente ao legislador a função de definir quais seriam esses setores merecedores da retroatividade da lei mais benéfica. Na ausência de lei, aplicável será o princípio da irretroatividade das normas.

4. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho pontuou-se inexistir um regime jurídico unificado para os princípios do Direito Público Punitivo, ramo jurídico que abarcaria todas as formas de sanções aplicadas pelo Poder Público.

Partiu-se do estudo do tema na Espanha, país em que houve uma forte evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a origem comum do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal. Nesse país, a unificação do regime principiológico comum do Direito Punitivo Público, tendo como base o Direito Penal, não tardou em apresentar dificuldades práticas ao Direito Administrativo Sancionador. Tais dificuldades foram contornadas pela jurisprudência espanhola ao defender que a aplicação dos princípios penais no Direito Administrativo Sancionador deveria ocorrer com matizes, isto é, aplicava-se o princípio constitucional penal, mas de modo diverso daquele aplicado no Direito Penal.

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro convive com normas bastante variadas que não seguem os princípios do Direito Penal, como se demonstrou para o princípio da legalidade. Essa constatação é fruto da inadequação (ou adequação imperfeita) dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador como um todo. Isso porque o Direito Penal possui pressupostos teóricos (punição da pessoa natural, culpabilidade, sanções de restrição do direito de locomoção e *etc*) diferentes

do Direito Administrativo Sancionador. Além disso, as finalidades do Direito Administrativo Sancionador são bastante variadas, posto o Direito se espalhar por todos os ramos da vida social.

Dessa feita, apesar de se constatar inexistir uma diferença ontológica entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, e ainda se compreender que esses dois ramos do Direito buscam seu fundamento no texto constitucional, não é possível concluir que os princípios constitucionais penais possam produzir efeitos no Direito Administrativo Sancionador tal e qual o fazem no Direito Penal.

Se não é possível fazer esse transplante de princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador de modo irrestrito, restou necessário aferir se seria possível empregar o princípio da retroatividade da norma mais benéfica contida no Direito Penal para todo o Direito Administrativo Sancionador. Por variados motivos expostos ao longo do trabalho, concluiu-se não ser possível (nem benéfico) aos mais variados sistemas jurídicos aplicar o princípio da retroatividade da norma mais benéfica indiscriminadamente em todo o Direito Administrativo Sancionador. Ao contrário, deve-se aguardar o posicionamento favorável do legislador em expressamente prever sua aplicação. Caso não o faça, entende-se que deva vigorar o princípio da irretroatividade das leis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002,

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. O princípio da retroatividade da norma mais benéfica no *Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito administrativo sancionador*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019.

BARROSO, Luís 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, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 Mai. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. Da aplicação do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) à projeto de reparação ambiental por dano praticado na vigência da legislação anterior um estudo sobre a aplicação da lei ambiental no tempo. *Revista da AGU*. v. 12, n. 35. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Espanha [*Constituição (1978)*].

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2001.

FERREIRA, Daniel. Vinte anos de reflexões acerca das sanções e das infrações administrativas: revolvendo alguns temas polêmicos, complexos e atuais. In: *Direito administrativo sancionador*. Coord. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 430.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da Irretroatividade das Leis no Direito Romano. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo. v. 69 n. 1, 125-147. 1974. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66717>.

FREIRE, André Luiz. Direito Público Sancionador. In: *Direito administrativo sancionador*. Coor. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 72.

HUNGRIA, Nélon. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 1, n. 1 (1945), p. 24-31.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico: cometários, jurisprudencia y normativa reguladora*. Prática del procedimiento administrativo sancionador común. Vol. II. Barcelona: Editorial Boch, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. In *Temas de Direito Administrativo*, vol. 17, “Princípios Constitucionais do Direito Sancionador”. Editora Malheiros, 2007.

MERCADO, Francisco García Gómez de. *Sanciones administrativas*. 4. ed. Granada: Comares Editorial. 2017.

MONTE, Mário Ferreira. *O direito penal europeu: de “Roma” a “Lisboa” – subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499/45245>>. Acesso em: 23 Mai. 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

OGUS, Anthony. *Regulation legal form and economic theory*. Oregon: Oxford and Portland. 2004.

PUIG, Manuel Rebollo et al. Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, n. 173, p. 155-179, noviembre 2015.

PUIG, Manuel Rebollo et al. *Panorama del derecho administrativo sancionador em España - los derechos y las garantías de los ciudadanos*. Estud. Socio-Jurídico, Bogotá (Colombia), 7(1): 23-74, enero-junio de 2005.

SANDULLI, Aldo M. *Diritto amministrativo*. Vol. I, 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989.

SCHIRATO, Vitor Rhein, Legalidade e tipicidade no exercício da função sancionadora pela Administração Pública. In: Vitor Rhein Schirato. (Org.).

Estudos atuais sobre ato e processo administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 169-190.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação.* Belo Horizonte: Fórum. 2018.

RECEBIDO EM: 04/09/2021
APROVADO EM: 24/06/2022

POLICY RULEMAKING PROCESS WITHIN THE EXECUTIVE BRANCH OF GOVERNMENT: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN PRESIDENTIAL DECREES.

*O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DENTRO DO PODER EXECUTIVO: UMA ANÁLISE DOS DECRETOS
PRESIDENCIAIS BRASILEIROS.*

James Vieira¹

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Theoretical Framework; 2.1. International context. 2.2. Brazilian context. 3. Method. 4. Results. 4.1. Structural Dimension (Legal Framework). 4.2. Craft Dimension (Managerial Framework). 4.3. Cultural Dimension. 5. Conclusion. References.

-
1. Doutor em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Estágio pós-doutoral no Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa. Mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em políticas públicas na Hertie School of Governance (Alemanha), Economia e Gestão Governamental na Università Commerciale Luigi Bocconi (Itália). Professor do Departamento de Gestão Pública da Universidade Federal da Paraíba.

Nota do autor: O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Brasil

ABSTRACT: This article analyzes whether the Presidential Decrees complied with better regulation standards and results are explained in the light of the legal, managerial and cultural dimensions of the Public Administration. 128 Decrees, issued between 2009 and 2018, which institutionalize public policies or government programs are evaluated. These quantitative data were combined with the information obtained from 66 interviews with top-ranked public managers and lawyers. These results evidence a reduced compliance with better regulation practices and set the hypothesis that this institutional trajectory is going to be sustained due to an observed mismatch between the current values and practices with the underlying assumptions of the better regulation reforms.

KEYWORDS: Rulemaking. Better Regulation. Public Policy. Decision Process. Administrative Law

RESUMO: Este artigo analisa se os Decretos Presidenciais observam os critérios de melhoria da regulação e seus resultados são explicados a luz da dimensão legal, gerencial e cultural da Administração Pública. São avaliados 128 Decretos, editados entre os anos 2009 e 2018, que institucionalizam políticas públicas ou programas governamentais. Estes dados quantitativos são combinados com as informações de 66 entrevistas realizadas com gestores e advogados públicos de alto escalão. Os resultados evidenciam uma reduzida conformidade com as melhores práticas regulatórias e apontam para a hipótese de que essa trajetória institucional será mantida devido ao enraizamento de valores e práticas atuais que não coadunam com os pressupostos subjacentes as reformas de melhoria da regulação.

PALAVRAS-CHAVE: Legística. Regulação. Políticas Públicas. Processo de Decisão. Direito Administrativo

1. INTRODUCTION

To what extent does the policy regulation process, through Presidential Decrees (Brazilian equivalent of the North American Executive Order), observe the better policy regulation practices? What explains its results? The international literature dedicated to policy rulemaking is rich in analysis about how bureaucratic procedures can impact policy performance (WEST, 2004; 2009; YACKEE; YACKEE, 2010; BOLTON; POTER; THROWER, 2016; DUNLOP; RADAELLI, 2017; POTTER, 2019). Recently, studies about better regulation practices in the regulatory agencies have also gained a growing attention of academics and professionals in Brazil (VALENTE, 2013; CASTRO, 2014; PECI, 2016).

Traditional Brazilian research on rulemaking focuses on the quality of the decision-making process that occurs within the legislative branch of government (ALMG, 2009; SOARES, KAITEL; PRETE, 2019). Meanwhile, on the executive branch, studies have been largely dedicated to regulatory agencies (PACHECO, 2006; PÓ; ABRÚCIO, 2006; RAMALHO, 2009; RAGAZZO, 2018). Hence, there is a perceptible lack of knowledge regarding the study of the Brazilian ministries and the Presidency Cabinet's contribution to the policy rulemaking process and their relevant role in implementing better policy rulemaking practices within the executive branch of government (LASSANCE, 2015).

For more than four decades, foreign countries with parliamentary and presidential systems have been developing their own right-fit systems of Regulatory Impact Assessment (RIA), and their results for both regulatory agencies and ministerial offices seem to converge to a significant improvement in the quality of public policy decision-making. Now, after thirty years of a democratic regime, the opportunity has arrived to assess the quality of the policy rulemaking process within the Brazilian federal executive branch of government and develop right-fit strategies to overcome their challenges.

To properly inform future reforms, this research proceeded with an assessment of the ministerial, legal, and merit opinions of a sample of 128 presidential decrees that regulated public policies or governmental programs, enacted between the years 2009 and 2018. Results were then analysed through the three dimensions of Public Administration, as proposed by Hill and Lynn (2009). The following sections aimed to summarize the better regulation approach, detail the research design, describe the main quantitative results, explain them through qualitative data and address final remarks regarding implication for future reforms.

2. THEORETICAL FRAMEWORK

The Regulatory Impact Assessment (RIA) is a method of policy analysis, which is intended to assist the policymakers in the design, implementation, and monitoring of improvements to regulatory systems, by providing a tool for assessing the likely consequences of the proposed regulation and actual consequences of existing ones (KIRKPATRICK; PARKER, 2007). RIA is an instrument for public management reform that strengthens evidence-based policymaking. Its procedures boost a rational approach for policy formulation by assessing both the regulation's process (principles of good governance) and its outcomes (ex-ante or ex-post evaluation of policy goals). In democratic regimes, RIA is a tool for increasing transparency, accountability, and rationality in the decision-making process improving the overall regulatory quality. According to the United Kingdom National Audit Office (NAO, 2001, p.2), the purpose of RIA is:

To explain the objectives of the proposal, the risks to be addressed and the options for delivering the objectives. In doing so it should make transparent the expected costs and benefits of the options for the different bodies involved, such as other parts of government and small business, and how compliance with regulatory options would be secured and enforced.

This process begins with a demand for public policy (KERWIN; FURLONG, 2019). Then, RIA unfolds in a series of tasks such as i) a detailed description of policy problem and objectives; ii) analysis of policy alternatives for achieving the objectives; iii) assessment of impacts, including a cost/benefit analysis; iv) consultation process with stakeholders (citizens, business, etc.); v) fully reasoned recommendation (KIRKPATRICK; PARKER, 2007). This process should be guided by democratic principles that emphasize the achievement of high policy performance.

As the regulatory role of the government has grown in recent years, better policy regulation has become an object of great interest in our time (MORAN, 2002). Since 1995, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) has been disseminating and promoting guiding principles for regulatory quality and performance. The OECD Recommendations established that good regulation should: i) have clearly identified policy goals, and be effective in achieving those goals; ii) have a sound legal and empirical basis; iii) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental, and social effects into account; iv) minimize costs and

market distortions; v) promote innovation through market incentives and goal-based approaches; vi) be clear, simple, and practical for users; vii) be consistent with other regulations and policies; and viii) be compatible with market competition, trade and investment, facilitating principles at domestic and international levels (OECD, 1995). According to the OECD (2004, p.8):

Regulatory quality refers to the extent to which a regulatory system pursues its underlying objectives. These objectives involve the specific policy objectives, and which regulatory tool is being employed to pursue the efficiency with which these objectives are achieved, as well as governance-based objectives including transparency and accountability.

Moreover, OECD puts emphasis on regulation compliance strategies that help to improve the general welfare of citizens by providing superior protection from hazards, efficient government services, and lower costs for business. Its recommendations were the first international instrument to address regulatory policy, management, and governance as a whole-of-government activity that should be addressed by sectoral ministries, regulatory and competition agencies. The OECD principles and guidelines for promoting better policy regulation are well established in an increasing number of publications (OECD, 1995; 1997; 2004; 2008a; 2009; 2012; 2015; 2020).

2.1. INTERNATIONAL CONTEXT

Policy rulemaking governance became part of the developed countries' policy agenda from the 1970s onwards. The creation of the European Union strengthened Europe's need for a rational public administration grounded on planning, with the adoption of governmental measures of efficiency that improve the Welfare State. In the liberal Anglo-Saxon tradition, such as the United Kingdom, the United States, and Canada, the better regulation practices were developed mainly as a tool for the promotion of economic efficiency. For both, new practices served to improve the quality of their economic, social, and administrative policy regulations (OECD, 2008a).

The United States was the pioneer of the Regulatory Impact Analysis (RIA). Since the adoption of the Executive Order n° 12.291/81, all U.S. government agencies submit the most important policy rules to a cost-benefit evaluation before its approval. The aim is to reduce the burden of regulation, increase accountability, promote better agency performance, and improve the overall quality of policy decisions. According to Executive

Order nº 12.866/93, the Office of Management and Budget (OMB) is responsible for assessing and reviewing the assessments carried out by governmental agencies.

In the United Kingdom, RIA started with Thatcher's government to cut the regulatory burden on business. In 1997, the deregulation approach gave way to better regulation initiatives that emphasized the improvement of the regulation quality for the whole society. The 2001 reform required that all regulatory agencies, as well as specialized government departments, should conduct RIA. In 2005, this decentralized structure was replaced by a centralized unit located in the Prime Minister's Office (Better Regulation Executive). Another body in this arrangement is the National Audit Office (NAO), which plays a key role in assessing the quality of the regulatory activity. Since 2007, the United Kingdom's experience has been a paradigm, showing the importance of constant investment in learning and institutional development. Since 2007, all policy decision-making is conducted according to the RIA procedures.

In 2001, the European Union created a High-Level Consultative Group to formulate a strategy for improving the quality of regulation - legislation and regulation at the community and local level - called the Mandelkern Group. At the time, a report was prepared to propose measures for a good regulation: a) adoption of the impact assessment (ex-ante and ex-post); b) analysis and evaluation of alternatives to public policies; c) public consultations; d) simplification of the policy formulation process; e) publicizing access to legislation and regulation; f) establishment of an effective regulatory structure that includes a quality control unit (MANDELKERN GROUP, 2001). In the European Union, policies and programs about environmental, economic, or social issues are preceded by an RIA, as well as spending programs and international negotiations. The body responsible for conducting RIAs is the Impact Assessment Board (IAB), which is directly linked to the President of the European Commission. The Lisbon agenda has openly supported the adoption of RIA initiatives as an essential tool for recovering the competitiveness of the European economy.

Recently, international efforts to improve the quality of the general rulemaking process have crossed borders and their principles and practices have reached developing countries like Brazil (PECI; SOBRAL, 2011; OECD, 2008B). Since then, a rich literature has evolved to explain the diffusion of RIA around the globe (RADAELLI, 2005; RODRIGO, 2005).

2.2. BRAZILIAN CONTEXT

In 1991, the first edition of the Presidency of the Republic's Writing Manual started to establish formal procedures for improving the quality of legal acts. The second part of this manual provides notes on the legislative techniques for executive branch normative acts (FAILLACE NETO, 2007). In 1992, Decree n° 468/92 was enacted (BRASIL, 1992). Then, for the first time, standards were formally established for the draft of legal acts within the executive branch and guidelines provided for the processing of legal acts subject to presidential approval. In 1996, an updated version of this document was enacted by Decree 1,937/96 (BRASIL, 1996). Finally, in 1998, the National Congress issued the Complementary Law n°95/98, to regulate the topic in accordance with the sole paragraph of art. 59 of the Federal Constitution (PIRES, 2009).

In 2002, new rulemaking standards were approved by Decree n° 4.176/02. That new framework established principles and rules set out in the Complementary Law, describing aspects of legal and substantive policy regulation that should be observed by rule-makers inside the Brazilian federal executive branch of government. An analytical checklist was added at its Annex. These orientations were slightly changed in 2017, by Decree n° 9.191/17, which altered the rules and guidelines for drafting, amending, consolidating, and sending proposals of policy rulemaking for presidential approval (BRASIL, 2017a). This new orientation was accompanied by Decree 9.203/17, which established general principles for public governance, underlining the importance of continuous policy rulemaking quality and improvement (BRASIL, 2017b).

For enhancing the rulemaking capacities of Brazilian regulatory agencies, the federal government created the Program for Strengthening Institutional Capacity for Management in Regulation (PRO-REG), enacted through Decree n° 6.062/07, amended by Decree n° 8.760/16 (BRASIL, 2007; BRASIL, 2016). The goal of PRO-REG was to improve the quality of regulation within the Brazilian regulatory agencies by strengthening its regulatory systems, in order to facilitate the full exercise of functions by all actors and to improve coordination among participating institutions, mechanisms of accountability, participation, and monitoring by civil society (BRASIL, 2018).

In 2018, the Brazilian federal government published, within the PRO-REG initiative, the General Guidelines and Guidance for the preparation of Regulatory Impact Analysis – RIA. These documents were formulated

by the Sub-office of Government Policies Analysis and Monitoring of the Presidency (SAG/CC) in partnership with federal regulatory agencies. In the beginning, it is said that the main objective of the guidelines is to improve regulatory agencies' capacities, but they can "be perfectly applied by any other institution that acts with the potential to change rights or create obligations to third parties" (BRASIL, 2018). Recently, Law n° 13.874/2019 (Declaration of Economic Freedom Rights) and Law n°13.848/2019 (On the management, decision-making, and social control of regulatory agencies) established that proposals for editing and alteration of legal acts of interest by economic agents or the public services users' will be preceded by an RIA (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). This record evidences that every newly elected presidency enacted a legal reform on the policy rulemaking process. Therefore, on to the following research question: what was the technical improvement of the policy rulemaking after the establishment of this legalistic better regulation framework?

3. METHOD

To better assess the results of this policy rulemaking framework, research adopted a quali-quantum mix-method strategy. Firstly, a sample of 128 Presidential Decrees, enacted between 2009 and 2018, with substantive policy content (related to decision making of public policies or governmental programs) were analyzed. Those Decrees were assessed according to the good rulemaking criteria established by Annex I, of Decree n°4.176/02, in effect until February 1st, 2018 (BRASIL, 2002). The construction of the sample began with a search for Presidential Decrees on the website (Portal da Legislação).² The purpose of this procedure was to identify all enacted decrees that regulated public policies or governmental programs between 2009 and 2018. Once identified, legal and merit opinions issued by SAG/CC (Sub-office of Government Policies Analysis and Monitoring of the Presidency) and SAJ/CC (Sub-office of Legal Affairs of the Presidency), besides the original ministerial opinion, were requested through the federal government information access system.³

This procedure resulted in a sample of 128 Decrees, enacted between 2008 and 2018, with substantive policy content. This sample should have resulted in 384 documents (one legal, one merit, and at least one ministerial opinion for each of the 128 decrees in the sample). However, only 112 ministerial opinions (87% of the total), 90 merit opinions (70% of the

2. Available at: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>

3. Available at: <http://www.acessoainformacao.gov.br>

total), and 112 legal opinions (87% of the total) were made available, either because there was no answer from the administration or because these opinions have not been written.⁴

The indicators used to assess the opinions are those officially established by Annex I of Decree 4,176/02 (2002). Annex I addresses 9 categories, encompassing a total of 131 items, as shown in the table (1).

TABLE 1 – CATEGORIES OF POLICY RULEMAKING (DECREE 4,176/02, ANNEX I, ITEMS)

Category	Topic	Items	Quantity
A	Identification and Situational Analysis of the Problem	1 to 1.7 and 7 to 7.2	11
B	Identification and Analysis of Possible Actions	2 to 2.3	11
C	Identification of the Initiative Competency	3 to 3.5	6
D	Analysis of the Legality of the Regulation	4 to 6.5	18
E	Analysis of the Content of the Regulation	8 to 8.5	9
F	Analysis of the Impact on Fundamental Rights	9 to 9.5	42
G	Analysis of the Public Interest	10 to 10.5	12
H	Analysis of Feasibility	11 to 11.6	16
I	Cost-Benefit Analysis	12 to 12.5	6

To assess the rulemaking quality of the sampled Decrees, the content of each ministerial (EM), merit (SAG), and legal (SAJ) opinion was checked with these items (indicators) listed in Annex I. The procedure consisted of a simple verification of compliance without any in-depth judgment on the quality of the analysis performed by the public manager or lawyers.

4. It was necessary to resort to administrative appeal bodies or even the court (writ of mandamus) to gain access to the information.

Then, verification results were quantified (0 to non-occurrence of the item and 1 to the occurrence). This quantification made comparative analysis straightforward.

After that, results were analyzed according to Hill and Lynn (2009), to distinguish between the structural, the managerial, and the cultural dimensions of the public administration. To do so, a qualitative analysis of the existing rules on policy rulemaking was combined with documental and interview data. This part of the analysis takes advantage of a previously made dataset of 66 interviews with top-ranked federal public managers and lawyers, produced by the Brazilian Institute for Applied Economic Research between the years 2013 and 2014 (IPEA 2014).

TABLE 2. SAMPLE OF RESPONDENTS

Role	Number	%
Advisors	7	10,6
Public Lawyers	24	36,3
Public managers (Director or Coordinator)	30	45,4
Public managers (Executive-Secretary)	5	7,5
TOTAL	66	100

Source: IPEA, 2014.

All interviews have been transcribed and received a code that prevents the identification of the interviewees. The excerpts of interest were selected, and their compilation provided evidence for the explanatory hypotheses, presented in accordance with the public administration dimensions of Hill and Lynn (2009).

4. RESULTS

The rates of compliance with ministerial (EM), legal (SAJ) and merit (SAG) opinions, according to the categories in Table (1) are summarized in table (3).

TABLE 3. AVERAGE PERCENTAGE OF OCCURRENCE (OF THE CATEGORIES) IN THE SAMPLE

Category	EM (%)	SAJ (%)	SAG (%)	Total (%) ^a
A	34,2	30,7	25,39	53,51
B	10,3	4,52	3,46	14,9
C	4,3	9,24	3,26	14,8
D	2,22	3,28	2,06	6,4
E	1,0	1,90	1,08	2,5
F	0,6	1,61	1,32	2,9
G	11,0	5,63	5,16	1,7
H	0,6	1,61	1,27	0,2
I	0,1	0,36	0,03	0,9
Total	0,47	4,50	3,22	8,77

^a Total displays the result considering the occurrence of the items in at least one opinion (EM, SAG or SAJ)

The results evidence that, on average, the opinions are considering 8,7% of the items of better policy rulemaking required by Decree n^o 4,176/2002. Although there is an occurrence of 53,5% in the category of “Situational Identification and Analysis of the Problem” (category A), the analysis of the content and legal risk of the regulation is around 6,4% and 2,5% (categories D and E), except for an analysis of the legal risk on fundamental rights (legal certainty, rights of freedom and equality), with an average rate of 1%.

The average occurrence of the categories related to the Regulatory Impact Analysis (RIA) is at or below 2% (categories G, H, I). The analysis has also shown that all the opinions described the objectives

sought with the policy regulation (100%), and the great majority also described: a. the reasons for the initiative (89%); b. the duty of the Union to take action (81%); c. the fact that the matter is subject to a Decree and not another legal act (70%); d. the body that must assume responsibility for the issue (65%).

However, results show that 53 (fifty-three) out of the 131 (one hundred and thirty-one) items assessed have not been addressed in any of the sampled opinions. This represents 40% of the total number of items aimed at ensuring the adoption of better regulatory practices within the federal executive branch of government. Among the neglected items are elementary legal aspects: a) efficacy (precision, degree of probability of attainment of the intended goal); b) effects on the legal order and targets already established; c) possibility of challenge in the Judiciary; d) imposition of fines and penalties; e) the conflicts of interest one can predict that the executor of the measures will be confronted with. Indeed, out of the 37 Decrees, only 2 presented an explanation of the possible costs and benefits of the policy regulation, and 3 discussed possible alternatives to deal with the public problem addressed by the policy regulation. In only one Decree opinion a possible legal risk (basic unity for legal risk analysis) was even mentioned.

Evidence supports a claim that the Brazilian federal government policy regulation process is lacking relevant technical information (policy evidence-based inputs produced by *ex-ante/ex-post* evaluation) needed to reach a better policy regulatory result. To explain this empirical result, I present the results of a qualitative data analysis, which will be categorized among three dimensions structural (legal), craft (managerial), and cultural, according to Hill and Lynn (2009).

4.1. STRUCTURAL DIMENSION (LEGAL FRAMEWORK)

According to Hill and Lynn (2009), “structure is the formal and lawful delegation of specific responsibilities to designated officials and organizations”. The main features of the Brazilian policy rulemaking framework have been recently changed through the enactment of Decree n° 9.191/2017, which imposed modifications to Decree n° 4.176/2002 (in effect from 2002 to 2018). These structural changes were primarily compared by the analysis of six of these features: competency; structure; process; public consultation; sanction, veto, and other provisions; and indicators.

TABLE 4. GENERAL STRUCTURAL FEATURES COMPARED

Features	2002 and 2017 Decrees comparison results
competency	The new Decree fixed a perceptible change of competencies widening the prerogatives of the Civil Office of Presidency (art. 1/17). The Sub-office of Legal Affairs of the Presidency improved its competencies especially for coordinating the policy regulatory process between Presidency and Ministries (art. 27/17). The Sub-office of Government Policies Analysis and Monitoring of the Presidency maintained its competencies for analysing the political and technical merit of policies (art. 24/17). Publication of legislative proposals by the Civil Office is no longer compulsory (art. 55-56/02).
structure	About the structure of the legal act (Law, Decree, etc), there were minor changes in rules for numeration, structure of presentation, object of regulation, format, effect and modification. The new Decree made improvements in the formal structure of regulation acts (art. 2-25/17).
process	The rules proposed by Ministries may be electronically sent to Civil Office with an explanatory statement (art. 26-30/17). This document must contain the proposal of regulation, a legal opinion, a merit opinion, and complementary documents (art. 31-32/17).
public consultation	Adoption of public consultation is more regulated in the new Decree. According to it, the proposed regulation under public consultation must be sent to the Civil Office for previous analysis and forthcoming consultation (art. 40-43/17). The Civil office is now centralizing the public consultation for policy regulation proposals coming from all Ministries.
sanction, veto, and other provisions	Most articles concerning these features in the 2002 Decree have been maintained in the 2017 Decree. No substantive changes were made.
Indicators (checklist)	The new Decree contains a checklist of indicators that must be observed by the proponents of policy regulation (annex I/17). Only four items from the previous Decree have been revoked; thirty-eight new items have been added and nineteen sections, reorganized. New items concern cost analysis, legislative simplification, and results assessment.

Table (4) shows that little incremental changes have been made since the 2002 first framework was established. The inclusion of new items in the legal and merit opinions that should accompany the regulation proposal (sent by Ministries to the Presidency or initiated at the own Presidency)

emphasizes the analysis of costs (item 16), management simplification (item 17), administrative adaptation (item 18), and results from assessment (item 19). Moreover, table (5) shows that the Brazilian federal government has rules containing almost all the best regulatory international practices. Even though there is no obligation for a formal regulatory impact assessment (RIA), a cost-benefit analysis (CBA) or a public consultation, all these tools have already been legally established. It all has been available to proponents of policy regulation at least since 2002.

TABLE 5. NATIONAL RULES ON POLICY RULEMAKING GOVERNANCE

International Best Practices	Brazilian Regulation (applied to the Executive Branch of the Federal Government)	Regime
Public Transparency	Public access to information Law (Law n°12.527/2011 & Decree n°7.724/2012.)	Mandatory
Regulatory Impact Analysis	Decree n°9.191/2017 (Art. 32, VI), Decree n°10.411/20	Mandatory
Public Consultation	Decree n°9.191/2017 (Chapter VI)	Optional
Legal Risk Assessment	Decree n°9.191/2017 (Art. 31, II and III)	Optional
Anticorruption Practices	Anticorruption Law & Decree n°9.203/2017 (Law n°12.846/2013, Decree n°8.420/2015, IN MP/CGU n°1/16)	Mandatory
Fiscal & Budget Accountability	Fiscal Responsibility Law & Budget Law (Complementary Law n°101/2000 & Law n°4.320/1964)	Mandatory
Public Policy Evaluation	Interministerial Ordinance n°102/2016, Decree n°9.191/2017 (Annex - items 16 and 19), and Decree n°9.203/2017	Optional

Therefore, under this structural dimension, failures in the policy rulemaking process cannot properly be attributed to the absence of legal standards for implementation. Deficiencies on the craft or cultural dimensions are probably more important to explain them.

4.2. CRAFT DIMENSION (MANAGERIAL FRAMEWORK)

According to Hill and Lynn (2009, p.5), “craft refers to public managers’ attempts to influence government performance through

the force of their personal efforts in goal setting, exemplary actions, leadership, and the like”. Overall, the craft in the rulemaking process begins with the identification of a policy problem. At this initial stage, the corresponding technical area of the ministry formulates a technical note that starts the process. According to the procedure institutionalized by the Decree n° 4.176/2002, altered by Decree n° 9.191/2017, when a Presidential Decree or a Ministerial Ordinance is necessary, the document is sent to the Legal Consulting Department (CONJUR) for a legal opinion or, if the issue covers more than one ministry’s competency, it is usual to promote Interministerial workgroups, coordinated by representatives of the Presidency Civil House Office (IPEA, 2014). All documentation is electronically processed through a system called SIDOF (System for the Generation and Processing of Official Documents). Two striking features of this process should be mentioned. First, legal opinions have no binding power over the public manager’s decision. Second, public lawyers are not sanctioned in case of misleading legal guidance, except in case of a proven wilful error.⁵ According to the managerial process of regulation, the following interview excerpts are worthy to detail:

Each situation is different and totally depends on the person interested in the Ministry, and for us here it is frustrating because as we have no control, we advise not to intervene [...] As people love to hold meetings, meetings are usually scheduled at the last minute without sending previous material, without preparation. Usually, meeting participants do not know what is going to be discussed, but they take place because there is a culture that you cannot go on playing without talking to other people, and so if I was at the meeting at least I saw it. Only, although this procedurally included others, in practice you end up having meetings with very little content, with a lot of repetition of subjects, and this is the way how an interaction between Ministries usually ends up happening. [...] it will depend a lot on the person, who is taking over and then, if there will be more meetings, who he will tell, with whom he will talk more, if he will try, someone will speak to the minister, but without much homogeneity between one specific case and another (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P. 6-7, AUTHOR’S EMPHASIS)

5. According to Brazilian Civil Code, article 184, Writ of mandamus 24.073/2002 and 24.584-1/2007, and Supreme Court Informativo 475.

My assessment is that a good part of the decisions here are after the content, *the decisions of the public administration in general are recovered with little content, after following a “formal process”* (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P.8, AUTHOR’S EMPHASIS).

All ministries ought to comply with national laws about public transparency, anti-corruption practices, and fiscal and budget accountability. The first feature is currently managed by the public transparency portal that centralizes citizens’ requests for public information, as well as their answers. The second is currently under implementation by Normative Instruction MP/CGU nº1/2016, which gives a start for risk public management in the Brazilian federal government (2016). Under this feature, the inclusion of integrity risks into the rulemaking process has just been launched. Fiscal and budget accountability has been achieving the best managerial results with SIOP (*Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento*), an electronic system for planning and budgeting that integrates the management of the entire federal government. Through this system, open data is available for monitoring policies, accessible data is available for ordinary citizens, and all budget and fiscal indicators are shown in a real-time panel. At first glance, thus, the crucial craft difficulties in policy rulemaking governance seem not to be related to these features.

On the other hand, the implementation of Regulatory Impact Analysis (RIA), public consultation, and public policy evaluation is still incipient in federal government policy rulemaking. The Brazilian federal executive branch of government does not have an integrated national policy evaluation system (or repository) with shared principles or practices. Nor does it have a law that obliges the evaluation of public policies or governmental programs. Each ministry is free to decide to evaluate, or not, its own policies and programs. For this reason, there is a huge inequality between the ministry’s capacities to evaluate and incorporate its results into the decision-making process. Over time, the Ministries of Economy, Education, Health, and Social Development are the only ones that demonstrate improvement under this feature.

Just as there are no ex-post evaluation practices consolidated, there are also no ex-ante assessment practices established in Brazilian ministries. It means that, until now, regulatory impact analysis is almost unknown for public managers and lawyers. Some mentions of RIA were gathered just in a few interviews and for a limited number of cases. Until the recent publication of the “Guide for preparing RIA”, mainly focused

on regulatory agencies, there were no guidelines for performing it in the Brazilian federal public administration (BRASIL, 2018).

Interviewer: Is there any concern of the ministry with regulatory impact analysis?

Interviewee: No, *we leave that to [name of the regulatory agency]* (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 64, P. 7, AUTHOR'S EMPHASIS).

Consultancies, [...] they need to have a better understanding of the state about what legal advice is. It is an AGU organ, it is true, within the ministry, but you have to be very careful because some public lawyers do not understand the current work that they have, they act a lot as internal control, when here my attempt has always been to take them further into the government, in order to help in the formulation, in the understanding, in the policy design (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 43, P. 8, AUTHOR'S EMPHASIS).

Since 1999, the occurrence of public policy consultation has constant growth rates in the Brazilian government. At first, according to a decentralized model, each ministry performed its own public consultations. This model has been replaced and consultation was centralized in the Presidency of the Republic. This important change, enacted by Decree n° 9.191/2017, established a regular procedure for public consultation, publication of its suggestions, and presentation of an explanatory statement of its results. More changes in the managerial procedures of policy rulemaking were also expected due to the improvements brought by Decree n° 9.203/2017 (Public Governance Decree).

4.3. CULTURAL DIMENSION

According to Hill and Lynn (2009, p.3), “culture encompasses the norms, values, and standards of conduct that provide meaning, purpose, and a source of motivation to individuals working with an organizational unit”. From the interviews’ analysis, we can identify that many difficulties imposed on the regulatory improvement of policies derive from cultural aspects. Excerpts from interviews 9, 59, and 67 summarize the argument.

I think there is a growth in ethical thinking in organizations [...] Increasingly, people do not want to get involved with things that do not generate results (IPEA, 2014, Interviewee 9, p. 4-5, author's emphasis).

the bad thing about this whole story, I think is ... *the creation of a plutocracy, you know, of a lawyer who does the exact opposite, which is completely detached from its objective* [.] there is a certain fear installed when you need to deal with themes, new or old, but that have TCU, CGU, involved. [.] I also realize that what is happening, is a sophistication of mediocrity (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P. 4-5, AUTHOR'S EMPHASIS).

lawyers are difficult, because in their mind, everything is a validation process, [.] if I say something, or write, or ask for an opinion on something, a rule, government proposal, for them it is always a validation process: “*you can, you cannot*”. It is never a process of reasoning, which is the best for the institution, and then *it is difficult at times to get rid this small power that legal advisers cumulate*[.] This is a problem because it does not deal with strategy (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P. 8, AUTHOR'S EMPHASIS).

the principle of mistrust is the great reality in our relationship... the men of law are suspicious of the managers of public policies and the managers of public policies are suspicious of the goodwill, or the intelligence, of the lawyers (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P.9, AUTHOR'S EMPHASIS).

there is a distrust on the side of those who formulate the public policy, that the laws are not adequate to the objectives of policies, as if the rules were not good for policies, and then there is a mismatch [.] the natural order that all managers were programmed with is: “*look, don't provoke the legal staff, he can say no, and it's all over*” (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P.9, AUTHOR'S EMPHASIS).

they [legal advisers] do *a formal analysis to get rid of the process* (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P.9, AUTHOR'S EMPHASIS).

the kaleidoscope of choices that the public manager has is not small, despite what people say, *the problem is that there is an asymmetry of information between lawyers and politicians,* men of politics know little about the legal possibilities that are available and that is why they end up making mistakes. So, they go beyond the possibilities, they choose the anti-legal, illegal, unconstitutional alternatives, or on the contrary, *they can even choose a legal alternative but fail to choose something much better for lack of ability to look at the entire*

set of possibilities (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 9, P.9, AUTHOR'S EMPHASIS).

And then I think the trend in law is much more legalistic [...] This is more about legality than to actually reach a final goal that was to solve a policy problem, right. It is not that you are going to commit a malfeasance, but it is suddenly much more conservative than it needs to be [...] People who are more and more conservative in their decisions, more rigid even to not want to take risks (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P.7, AUTHOR'S EMPHASIS).

I think there is a huge space for optimization of operation as a major concern in terms of results and data. But it involves breaking the procedural culture quite a bit, and it involves creating skills, competencies that you often do not find in public administration and [...] I think that in very, very few meetings someone mentioned a data. Usually, when someone wants to mention that something is going to work, or not, they draw from personal experience and use a lot of adjectives, but almost all high-level political decisions, and here thinking [name of ministry], are made without having the concrete data that would illustrate the real situation (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P.3, AUTHOR'S EMPHASIS).

I think doing this is the result of a culture that values the procedure very much, now that does not work if you really want to solve the problem (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P. 5, AUTHOR'S EMPHASIS).

nobody wants to risk tampering with this system because politically it can be problematic. (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P.7, AUTHOR'S EMPHASIS)

I think about the role of the lawyer here [...] He doesn't make the final decision on whether to buy A or B, but he's the guy who will say: "Look, you have the risks here, you have to consider that if you do this you will have such and such expenses and will have such and such consequences in the future". I think that he should be the person who helps guiding managers, but he should never be the person who pretends to be a law enforcement officer, or to fight with the manager, saying: "This cannot be!". He must say what the legal difficulties are and point out solutions. And indicate to the manager what are the risks associated with each solution. (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 59, P. 5, AUTHOR'S EMPHASIS)

This culture that the law can be reformed is also not an obvious thing inside public administration. “Ah, this can, this cannot”, no, do you want to do this? As it is, it can’t, but if we change it, in another way, it can [...] I look for alternatives because legal advice refused to do this role. (IPEA, 2014, INTERVIEWEE 67, P. 17)

It is usually produced in the “Finalistic Secretariat”, then sent to CONJUR [legal office], then CONJUR gives their okay and it goes straight to the minister’s office. (IPEA, 2014, Interviewee 67, p. 7)

Considering this evidence, both craft and cultural dimensions seem to be in the center of the Brazilian better regulation efforts. The interviewee’s opinion converged about: a) a lack of technical perspective and routine of procedures, due to an unbalanced prevalence of the political dimension in policy decision making and subsequent rulemaking; b) extremely high public management risk aversion and lack of leadership, caused by internal and external controls perceived as disproportionate by public managers (sometimes deepened by the lack of capacities of some personnel inside ministries); c) an absence of entrepreneurial approach, based on a legal and managerial risk assessment, because of a procedural and restricted perception of legality (less committed with a public value achievement); d) a misguided attempt to use legal opinions as a shield against possible sanctions imposed by the internal and external control bodies over public management personnel.

It is also important to mention that these results are convergent with previous studies that emphasized the political and administrative limits of the Brazilian regulatory reform. Apparently, similar limitations on advancing the quality of regulation and policy rulemaking seem to occur both in regulatory agencies and the ministerial structure (OECD, 2008B; PECCI; SOBRAL, 2011). Above all, these adverse practices have proved to be not only detrimental to policy rulemaking improvement but extremely rooted in the perception of high-ranked Brazilian bureaucrats.

5. CONCLUSION

This research assessed the adoption of better policy regulation practices within the Brazilian federal executive branch of government. The results show that despite a recent improvement in the legal framework, responsible for authorizing public managers to adopt most of the policy rulemaking best practices, adversarial managerial practices, and cultural values are imposing difficulties for its advancement.

First, a significant amount of information that is relevant to policy regulation improvement, as determined by Decree n° 4.176/2002, is simply not mentioned in the ministerial, legal, or merit opinions. Crucial information on potential effects on the legal order, the possibility of courthouse challenges, and the eventual impact on fundamental rights, for example, were neglected in all sampled opinions. These data indicate a severe risk in terms of the technical quality of the governmental decision-making process within the Presidency and its ministries.

Second, an analysis of merit and the legal risk appears in less than 15% of the sample, evidencing the reduced importance given to this information inside the governmental decision-making process on public policies – which paves the way for the hypothesis that the main criteria for governmental decision-making are not evidence-based, but exclusively political (increasing risks of political corruption). This may result in inefficiency of governmental decisions on public policies and limits the quality of government solutions for public problems (due to loss of rationality on governmental decisions).

Third, many opinions have not even been made available (or even been formulated by proponents of policy regulation). Even the appeal to superior instances was insufficient to grant access to information guaranteed by the recently enacted Brazilian law on access to public information. On this topic, public transparency is still a challenge. Moreover, many sampled Decrees did not have any ministerial, legal, or merit opinion associated with them, in a clear violation of the motivation principle of Brazilian public administration. Both transparency and motivation in the policy rulemaking process are fundamental principles of a democratic regime that still need to be improved in Brazil.

Finally, until Law n° 13.874/2019 (Declaration of Economic Freedom Rights) and Decree 10411/20, there was no rule that imposed on governmental proponents the obligation of regulatory impact analysis (or even *ex-post* policy evaluation), cost-benefit analysis, or risk assessment. Hence, this lack of legal enforcement gave the federal executive branch a great discretionary power over policy regulation. However, even under this new legal framework, evidence highlights that there is little hope that a real change would occur in the policy rulemaking process due to managerial and cultural customary institutional trajectories. A lot of managerial efforts are still needed to turn the law into a tangible result for improving the Brazilian policy rulemaking decision-making process within the federal executive branch of government.

Will policy decision be subject to the best scientific evidence? Will public managers be rewarded (not punished) for managing risks to address relevant societal problems? Will policies and programs be periodically evaluated and adjusted accordingly? This study does not answer these relevant questions, with regard to the main assumptions of the better regulation practices, as it was limited to verifying only the compliance of the opinions with the established legal criteria and no evaluation was carried out on the quality of these opinions or the policy decision-making process itself. Furthermore, our explanatory hypothesis is formulated from an interview database that was not built to assess these specific results. Consequently, all these relevant questions have yet to be answered by forthcoming studies that will test our hypothesis in the light of new evidence on the current policymaking process and its future reforms.

REFERENCES

ALMG. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. *Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte: ALMG, 2009.

BOLTON, Alexander; POTTER, Rachel; THROWER, Sharece. Organizational Capacity, Regulatory Review, and the Limits of Political Control. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v.2, n.32, p. 242–271, 2016.

BRASIL. *Histórico do PRO-REG*. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/regulacao/boas-praticas-regulatorias/apresentacao>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n° 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n° 13.848, de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto n°9.191, de 01 de novembro de 2017*. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília: Presidência da República, 2017a. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm#art59. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. (2017b) Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 8.760, de 10 de maio de 2016*. Altera o Decreto nº 8.578, de 26 de novembro de 2015, para remanejar cargos em comissão e dispor sobre a Assessoria de Assuntos Estratégicos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8760.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007*. (2007). Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6062.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 1.937, de 21 de junho de 1996*. Estabelece regras para a redação de atos normativos do Poder Executivo sujeitos à aprovação do Presidente da República. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1937.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 468, de 06 de março de 1992*. Dispõe sobre a tramitação de documentos sujeitos à aprovação do Presidente da República. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0468.html. Acesso em: 28 jun. 2020.

CASTRO, Camila. Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n.2, p. 323-342, 2014.

DUNLOP, Claire; RADAELLI, Claudio. *Handbook of Regulatory Impact Assessment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.

FAILLACE NETO, Jandyr. (2007). Conferência na Casa Civil do Governo do Estado de Minas Gerais. *Seminário Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Congresso Internacional de Legística.

HILL, Carolyn; LYNN, Laurence. *Public Management*. A three-dimensional approach. Washington: CQ Press, 2009.

LASSANCE, Antônio. *Governança presidencial, políticas públicas e desenvolvimento*. Textos para Discussão 2090. Brasília: IPEA, 2015.

KIRKPATRICK Colin; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007.

KERWIN, Cornelius; FURLONG, Scott. *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*. London: SAGE, 2019.

MADER, Luzius. *Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation*. Statute Law Review, n. 22, p. 119-131, 2001.

_____. L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation. *Revue internationale de droit comparé*, v. 38, n.1, p. 285-286, 1986.

MANDELKERN GROUP. (2001). *Final Report*. Available at: http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf

MORAN, Michael. *Understanding the Regulatory State*. British Journal of Political Science, v. 32 n.2, p. 391-413, 2002.

NAO. UK National Audit Office. *Better Regulation: Making Good Use of Regulatory Impact Assessments*. London: The Stationery Office, 2001.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Construção Social da Legalidade na Administração Pública Brasileira*. Interviews. Brasília: IPEA, 2014.

OECD. Organization for Economic Co-operation and Development. *Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Impact Assessment*. Paris: OECD, 2020.

_____. *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris: OECD, 2015.

_____. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Available at: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2012-recommendation.htm>. 2012.

_____. *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*. Paris: OECD, 2009.

_____. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*. Paris: OECD, 2008a.

_____. *Brasil: Fortalecendo a Governança Regulatória. Relatório Sobre Reforma Regulatória*. Brasília: OCDE, 2008b.

_____. *Regulatory performance: ex post evaluation of regulatory tools and institutions. Working party on regulatory management and reform. Report by the Secretariat*. Paris: OECD 2004.

_____. *Regulatory Impact Analysis – Best Practices in OECD Countries*. Paris: OECD, 1997.

_____. *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris: OECD, 1995.

PACHECO, Regina. *Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle*. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n.4, p.523-543, 2006.

PIRES, Maria. *Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis*. In: *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: ALMG, 2009.

PECI, Alketa. *Regulatory reform and the better regulation agenda: traveling from center to periphery*. In Thomas Klassen, Denita Cepiku, T. J. Lah. *The Routledge Handbook of Global Public Policy and Administration*. Abingdon: Routledge, 2016.

PECI, Alketa; SOBRAL, Felipe. *Regulatory Impact Assessment: How political and organizational forces influence its diffusion in a developing country*. *Regulation & Governance*, v. 5, p. 204–220, 2011.

PO, Marcos; ABRÚCIO, Fernando. *Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças*. *Revista de Administração Pública*, v.40, n.4, p. 676-698, 2006.

POTTER, Rachel. *Bending the rules: procedural politicking in the bureaucracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2019.

RAGAZZO, Carlos. Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, v.4, n.2, p. 513-536, 2018.

RAMALHO, Pedro. *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise do impacto regulatório*. Brasília: Casa Civil, 2009.

RADAELLI, Claudio. Diffusion Without Convergence: *How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment*. *Journal of European Public Policy*, v.12, n.5, p. 924–843, 2005.

RODRIGO Delia. *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries*. OECD, Paris, 2005.

SALINAS, Natasha. *Legislação e Políticas Públicas: A Lei como Instrumento de Ação Governamental. Tese (Doutorado em Direito)*. São Paulo: USP, 2012.

SOARES, Fabiana; KAITEL, Cristiane; PRETE, Esther. *Estudos em Legística*. Florianópolis: Triboilha Editora, 2019.

VALENTE, Patrícia. *Análise do Impacto Regulatório: Uma Ferramenta à Disposição do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

WEST, William. Inside the black box: *The development of Proposed Rules and the Limits of procedural controls*. *Administration and Society*, v.41, n.5, p. 576-599, 2009.

_____. Formal procedures, informal processes, accountability and responsiveness in bureaucratic policy making: *an institutional policy analysis*. *Public Administration Review*, v. 64, n.1, p. 66-80, 2004.

YACKEE, Jason; YACKEE, Susan. Administrative procedures and bureaucratic performance: is federal rulemaking ossified? *Journal of Public Administration Research and Theory*, v.20, n.2, p. 261-282, 2010

RECEBIDO EM: 15/09/2021
APROVADO EM: 07/06/2022

DELIBERAÇÃO VERSUS CONCENTRAÇÃO: A CONSTRUÇÃO DE PAUTAS DO CONGRESSO NACIONAL E A PEC DOS PROCURADORES MUNICIPAIS

DELIBERATION VERSUS CONCENTRATION: THE CONSTRUCTION OF THE CONGRESS AGENDA AND THE PEC OF THE PUBLIC COUNTY ATTORNEYS

*Henrique Ribeiro Cardoso¹
Filipe Cortes de Menezes²
Mateus Levi Fontes Santos³*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A PEC dos procuradores municipais – a construção da pauta. 2. Presidência, colégio de líderes e deliberação. 3. Presidência,

1. Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC-Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT); Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPS). Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Concretização de Políticas Públicas
2. Doutorando e Mestre em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Público na Universidade Norte do Paraná. Procurador Municipal e membro da Comissão de Estudos constitucionais OAB-SE.
3. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Constitucional (Faculdade Damásio de Jesus) e em Direito Tributário (IBET). Advogado da União.

colégio de líderes e agir comunicativo. 4 Conclusão.
Referências.

RESUMO: O artigo examina os institutos da presidência e do colégio de líderes, previstos nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em cotejo com as ideias de democracia e ação comunicativa, tendo por referencial teórico James Fishkin e Jürgen Habermas. Sob o pano de fundo da tramitação da PEC nº 153/2003-Câmara e nº 17/2012-Senado, que constitucionaliza a carreira de procuradores municipais, o artigo enfrenta a questão de se a concentração de atribuições decisórias na presidência e no colégio de líderes implica um agir estratégico, em detrimento da qualidade da democracia deliberativa. A hipótese é afirmativa e a metodologia empregada no estudo é qualitativa, por meio de revisão bibliográfica, com recurso ao método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Deliberação. Agir estratégico. Presidência e Colégio de líderes das Casas Legislativas. Construção de Pautas.

ABSTRACT: The article examines the institutes of presidency and college of leaders, provided in the internal regulations of the legislative houses of Congress, in connection with democracy and communicative action, having as theoretical reference James Fishkin and Jürgen Habermas. Having as background, the processing of PEC nº. 153/2003-Câmara and nº 17/2012-Senado, which constitutionalizes the career of public county attorneys, the addresses whether the concentration of decision-making power in presidency and in the College of leaders imply a strategic action, in detriment of the quality of deliberative democracy. The hypothesis is affirmative, and the methodology used in the study is qualitative, through literature review and inductive method.

KEYWORDS: Democracy. Deliberation. Strategic action. Presidency and College of Leaders of Congress houses. Definitions of Agenda.

INTRODUÇÃO

A democracia constitui regime com a inata qualidade de permitir a resolução dos diversos conflitos sociais e intraestatais de forma pacífica. A solução encontrada para as diversas posições decorre da interação política no processo de deliberação pública, particularmente nos órgãos legislativos.

Contudo, a concretização do potencial democrático requer participação efetiva dos agentes envolvidos no jogo político do debate, num contexto plural e de desconcentração de poderes e atribuições. Por outro lado, a excessiva concentração de poderes em determinados órgãos e agentes legislativos mitiga a qualidade deliberativa e erode o potencial pacificador democrático. Sob este olhar, examina-se os institutos da Presidência e do Colégio de líderes, previstos nos textos regimentais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A partir da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 153/2003 (Câmara) e nº 17/2012 (Senado), analisa-se o processo de construção das pautas no Congresso Nacional, de sorte a responder à seguinte questão: a concentração de atribuições decisórias na Presidência e Colégio de líderes implica um agir comunicativo estratégico, em detrimento da qualidade da democracia deliberativa? A hipótese é afirmativa e a metodologia empregada no estudo é qualitativa, por meio de revisão bibliográfica da temática, com recurso ao método indutivo.

Num primeiro momento, será abordada uma síntese do trâmite legislativo da citada PEC, que pretende constitucionalizar a carreira de Procuradores Municipais. Num segundo momento, tendo sua tramitação como pano de fundo, firma-se as premissas bases de reflexão acerca do regime democrático e da deliberação participativa, utilizando-se como marco teórico a deliberação qualitativa de James Fishkin e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Num terceiro momento, reflete-se se a concentração de poderes decisórios sobre definição de pauta traduz uma ação estratégica prejudicial à democracia, na esteira da teoria do agir comunicativo de Habermas.

Em suma, a análise pretende compreender a construção de pautas do Congresso Nacional e avaliar em que medida a concentração de poder para defini-las afeta o aspecto participativo de agentes políticos e demais atores sociais, em detrimento do caráter discursivo-deliberativo da democracia.

1. A PEC DOS PROCURADORES MUNICIPAIS – A CONSTRUÇÃO DA PAUTA

Em 2003, o então deputado Maurício Rands protocolou na Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição – PEC autuada sob o nº 153/2003. A proposta foi subscrita por partidos de projeção e variados perfis ideológicos – PMDB, PDT, PTB, PL, PT, PSDB, PFL, PSC, PV, PP, PSB, PRONA, PPS, PC do B, PSL, PTB, PPS, PDT e PSDB – circunstância indicativa da pertinência e importância da matéria, naturalmente merecedora de deliberação. O escopo da PEC era alterar o artigo 132 da Constituição Federal de 1988 a fim de deixar expresso que o ingresso na carreira de procurador municipal demanda aprovação em concurso público de provas e títulos.

A PEC era um pleito histórico da Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), na medida em que valoriza a classe e promove fins republicanos⁴, tais como a defesa do erário e o efetivo controle de legalidade dos atos administrativos.

Em 2004, a PEC foi analisada e aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, sob a relatoria do então deputado José Eduardo Cardoso, à época procurador do Município de São Paulo licenciado, nos termos de relatório lido no Plenário por ocasião da 129ª sessão, ocorrida em 18 de junho do referido ano.

Em maio de 2005, o Presidente da Casa, o deputado Severino Cavalcanti, constituiu comissão especial para analisar a matéria, cujos membros deveriam ser designados posteriormente. Contudo, somente em 30 de novembro de 2009, o Presidente da Casa, o deputado Michel Temer, designou os integrantes da comissão.

A relatoria da comissão especial ficou a cargo do deputado Nelson Trad, que se pronunciou favoravelmente ao mérito da proposição. A proposta não sofreu emendas na comissão e foi aprovada em 10 de março de 2010. O respectivo parecer inclusive enfatizou, citando doutrina da Ministra Carmen Lúcia, que o advogado público não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes. Tal parecer foi lido em plenário na mesma sessão.

4. O governo republicano, com natureza tipicamente temporária, pode ser aristocrático ou democrático. Enquanto o primeiro seria compreendido como o modelo dos ‘melhores’ participantes de uma classe dotada de privilégios, o segundo consiste no governo de todos, exercido direta, indireta ou semidireta, nesta última ocorrendo a junção entre os institutos da representação e participação (DIAS, MATTEDI, 2012, pp. 165-167).

Apesar de aprovada em ambas as comissões sem emendas, no sentido defendido por ambos os relatores mencionados, a matéria ficou mais de dois anos sem qualquer tramitação, somente vindo a ser pautada para deliberação no plenário da Casa Legislativa em 2012, após vários requerimentos de inclusão terem sido protocolados pelos Deputados Mendonça Prado, Raquel Teixeira e Carlos Sampaio.

A matéria foi pautada no plenário da Câmara durante a presidência do deputado federal Marco Maia. A votação em primeiro turno ocorreu em 27 de março de 2012, com aprovação da proposta (396 votos favoráveis, 2 votos contrários e 1 abstenção). Em 11 de abril de 2012, a PEC foi pautada, votada e aprovada em segundo turno (406 votos favoráveis, 1 voto contrário e 2 abstenções).

No transcurso dos turnos de votação, Deputados de inúmeros partidos se manifestaram a favor da proposta. Os argumentos favoráveis podem ser assim sintetizados: (a) tratamento igual aos procuradores do Estado; (b) defesa do interesse público mediante advogados de carreira; (c) necessidade de um corpo jurídico concursado; (d) fortalecimento da categoria, dada a sua importância; (e) valorização dos Municípios; (f) carreira típica de Estado; (g) credibilidade, estruturação, valorização, profissionalização e responsabilidade; (h) luta histórica dos procuradores municipais; (i) demanda dos Municípios, e não pauta corporativa; (j) necessidade de conferir estabilidade ao serviço e ao interesse público; (k) fortalecimento das carreiras, criação de advocacia do ente e não do gestor, independência técnico-jurídica; (l) reconhecimento da luta e importância da categoria; (m) relevância estrutural dos 5.600 municípios, cidadania, controle de legalidade, segurança jurídica e vinculação ao Estado; (n) controle de legalidade justo e eficiente; (o) maturidade da matéria e compromisso com a qualificação do serviço público; (p) saneamento de omissão e preconceito com gestão municipal relativamente aos demais entes federativos, maior qualificação e segurança jurídica; (q) expressividade da votação (voto favorável de mais de 400 deputados) e colaboração da categoria de procuradores municipais a sua atuação como gestor local.

A única manifestação contrária durante as etapas de votação foi a do Deputado Espiridião Amim que, em que pese tenha registrado a posição favorável do seu partido, sustentou que a matéria implicaria em reserva de mercado à advocacia, o que a seu ver deveria ser evitado.

Após, a PEC foi encaminhada ao Senado Federal, sendo autuada sob o nº 17/2012. Nesta Casa, o trâmite foi bastante moroso. A proposta,

lida na sessão plenária do dia 16 de abril de 2012 e de pronto enviada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, ficou sob a relatoria e sob a presidência, respectivamente, dos Senadores Inácio Arruda e Eunício Oliveira. O relator emitiu e submeteu o relatório à comissão em 04 de maio de 2012, sendo incluída em pauta para votação em 09 de maio de 2012. No voto, o relator destacou, entre outros pontos, que a proposta não apresentava prazo de implementação, nem quantitativo de procuradores, o que afastaria o risco de qualquer consequência prejudicial aos Municípios. Tal relatório foi votado, lido e aprovado na sessão plenária do Senado, com a seguinte redação:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica dos respectivos entes federados. (BRASIL, 2012)

Após a leitura, a proposta ficou pronta para inclusão em pauta em 10 de maio de 2012. No entanto, a votação em primeiro turno somente se iniciou em 07 de agosto de 2013, após aprovado prévio requerimento dos líderes partidários.

Iniciada a votação, o Senador Inácio Arruda propôs que a matéria retornasse à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em virtude de proposta de emenda formulada pela Senadora Ana Amélia (nº 3/2013). Em seguida, foi aprovado o requerimento nº 93, em sessão de 18 de dezembro de 2013, para realização de audiência pública de iniciativa dos Senadores Ricardo Ferraço, Pedro Simon e Rodrigo Rollemberg.

A audiência pública ocorreu em 18 de março de 2014 com a presença dos seguintes convidados: Antônio Guilherme Rodrigues de Oliveira, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM; Marcos Vitorio Stamm, Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Advogados Públicos – ABRAP; Marcello Terto e Silva, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF – ANAPE; Paola Aires Corrêa Lima, Procuradora-Geral do Distrito Federal; e Paulo Roberto Basso, Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais do Estado do Rio Grande do Sul. Usaram da palavra os Senadores Pedro Taques, Paulo Paim, Ricardo Ferraço, Inácio Arruda, Sérgio Souza e o Senador Vital do Rêgo, Presidente da CCJ.

Concluída a reunião em questão no dia 19 de maio de 2014 e rejeitada a emenda nº 3/2013, da Senadora Ana Amélia, a matéria estava pronta para deliberação da comissão. O referido parecer aprovado pela CCJ foi lido em plenário em 09 de junho de 2014, momento a partir do qual a matéria ficou pronta para ser reincluída em pauta. Após esta data, diversas entidades da sociedade civil postularam o reinício da votação, cujos ofícios e documentos foram anexados aos autos da PEC. Entretanto, a Presidência do Senado não o fez e em 21 de dezembro de 2018, em razão do término da legislatura e na forma do § 1º do art. 332 do Regimento Interno, a PEC foi arquivada provisoriamente, sem deliberação.

Iniciada a nova legislatura, diversos Senadores⁵ requereram o desarquivamento da PEC, mediante a petição RQS 59/2019. A postulação foi lida no plenário em 21 de fevereiro de 2019 e aprovada na sessão de 22 de maio de 2019, o que resultou no seu desarquivamento.

Apesar das expressivas votações na Câmara, postulação da sociedade civil e adesão de senadores, desde o desarquivamento já se passaram mais de dois anos sem qualquer movimentação relevante no trâmite da proposta, que permanece ao aguardo da vontade política da Presidência e de lideranças da Casa.

O caso da PEC nº 17/2012 não é isolado. Em verdade, é sintomático e ilustrativo da concentração de poder legislativo em poucos agentes políticos⁶. Com efeito, a não deliberação de temas e pautas maduras é um grande prejuízo para a democracia. A omissão e inércia corroem a integridade deste regime, que, por definição, é o palco de conciliação pacífica de divergências, numa ambiência de debate público qualificado.

5. Os seguintes Senadores subscreveram o requerimento: Rose de Freitas (PODE/ES), Daniella Ribeiro (PP/PB), S Leila Barros (PSB/DF), Alessandro Vieira (PPS/SE), Maria do Carmo Alves (DEM/SE), Angelo Coronel (PSD/BA), Antonio Anastasia (PSDB/MG), Zenaide Maia (PROS/RN), Cid Gomes (PDT/CE), Dário Berger (MDB/SC), Eduardo Girão (PODE/CE), Elmano Férrer (PODE/PI), Esperidião Amin (PP/SC), Flávio Arns (REDE/PR), Izalci Lucas (PSDB/DF), Jayme Campos (DEM/MT), Lasier Martins (PODE/RS), Lucas Barreto (PSD/AP), Luis Carlos Heinze (PP/RS), Marcelo Castro (MDB/PI), Marcio Bittar (MDB/AC), Marcos do Val (PPS/ES), Marcos Rogério (DEM/RO), Paulo Paim (PT/RS), Paulo Rocha (PT/PA), Randolfe Rodrigues (REDE/AP), Zequinha Marinho (PSC/PA).

6. A propósito, a concentração de poder na Presidência das Casas Legislativas tem sido objeto de intensa discussão no contexto da instauração do processo de impeachment de autoridades (Presidente da República, Ministros do STF etc.). A título de exemplo, a ADPF nº 867, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), postula a interpretação conforme à Constituição do art. 19, primeira parte, da Lei nº 1.079/1950, no sentido de fixar a tese de que à luz dos preceitos do direito de petição e do dever de motivação, cumpre ao Presidente da Câmara dos Deputados decidir motivadamente, em prazo razoável, acerca do seguimento ou arquivamento de denúncia em crime de responsabilidade, apresentada nos termos dos arts. 14 e seguintes da referida Lei.

O não ensejo ao diálogo plural e as posturas expressas ou implícitas de concentração de poder político, mediante, por exemplo, não inclusão em pauta, contradizem a razão de ser do regime democrático.

A questão posta no tema em reflexão apresenta-se ainda mais emblemática na medida em que, consoante a norma regimental, se a matéria desarquivada não for votada até o final da nova legislatura, ela é arquivada em definitivo, em decorrência da antidemocrática *rejeição implícita por não votação*.

Abordado o trâmite da proposta de alteração constitucional em ambas as Casas, passa-se a discorrer sobre as premissas teóricas necessárias a responder a problemática posta. Em específico, reflete-se em que medida os institutos da Presidência e do Colégio de líderes, no trâmite da proposta em questão, prejudicaram o desenvolvimento da democracia deliberativa.

2. PRESIDÊNCIA, COLÉGIO DE LÍDERES E DELIBERAÇÃO

Como visto, a tramitação da PEC foi morosa em ambas as Casas do Congresso Nacional. Somente na Câmara dos Deputados, entre o início do trâmite do projeto e a finalização da votação, transcorreu-se quase uma década. No Senado Federal, já se passou quase uma década desde o início da tramitação. Além disso, desde maio de 2019 a proposta está madura para ser deliberada em plenário.

Tal lentidão em matéria de interesse da sociedade civil, dos municípios e do funcionalismo público, já aprovada pela Câmara dos Deputados após longo feito e encampada por parcela representativa do Senado, revela indício da crise de integridade institucional da representação, que sofre com a crônica questão do afastamento entre representantes e representados e descolamento entre os interesses de quem vota e de quem é votado (DIAS; MATTEDI, 2015, p. 161).

O reinício da votação dependia exclusivamente de ato da presidência do Senado, provocada ou não por líderes partidários. Contudo, a matéria permaneceu parada apesar das várias solicitações de reinclusão apresentadas por diversas entidades da sociedade civil, de modo que a PEC foi provisoriamente arquivada em dezembro de 2018, tendo em vista o término da legislatura. Ademais, mesmo após o desarquivamento ocorrido em maio de 2019, a proposição não foi reincluída em pauta, incorrendo em risco de arquivamento definitivo, caso não debatida em plenário até o término da legislatura, nos termos do §2º do art. 332 da

norma regimental de discutível constitucionalidade⁷. Assim, o exame da tramitação da PEC em ambas as casas do Congresso indica que sua mora⁸ decorreu, nomeadamente, da concentração de poderes em mãos da presidência e do colégio de líderes.

O eixo central da democracia reside na existência de conflito (VITULLO, 2007, p. 59) e na sua resolução mediante interação pacífica com o fito de obter consensos provisórios. Neste ponto, o regime não pode ser compreendido de forma dogmática, abstratamente preconcebida. Antes, decorre da realidade concreta de cada país, de sorte que existem diversas formas de democracia, cujos princípios estão dispersos nos diversos setores da vida social, não se limitando, portanto, ao âmbito da estrutura estatal (ROCHA, 2002, p. 91).

Vale dizer, a democracia não se qualifica como realidade dogmática estática, mas como forma de implementação da política, que é sensível a mudanças, adaptações e aprimoramentos em cada país, de acordo com a influência cultural respectiva e o nível de consciência política das sociedades. Contudo, algumas características são ínsitas ao regime, a exemplo do pressuposto de uma participação efetiva dos cidadãos (DAHL, 2016, p. 50).

A co-atuação de agentes políticos integrantes das casas legislativas e atores externos, nestes compreendidas as diversas entidades da sociedade civil – inclusive, no caso em pauta, as representativas de classes defensoras da integridade institucional (v.g., ANPM e Ajufe) – é um pressuposto democrático relevante⁹. Portanto, o modelo democrático não deve se limitar a mero conjunto de procedimentos e ritos pré-estabelecidos, em

-
7. Balizada doutrina é clara no sentido de pleno controle de constitucionalidade do devido processo legislativo, em especial visando assegurar a observância das balizas democráticas (CLÈVE, 2010, pp. 178-180). Cabe ao Poder judiciário decretar a inconstitucionalidade de normas do congresso nacional que desrespeitem a constituição, em atuação que contribuirá para saúde da democracia nas quais as normas são frutos de verdadeira discussão (CASSEB, 2008, p. 285).
 8. A título de exemplo, confira-se o prazo transcorrido, na Câmara dos deputados, entre a determinação da criação de comissão especial (11.05.2005) e sua efetiva instalação (30.11.2009). É dizer, uma relevante proposição relativa à integridade institucional ficou parada simplesmente em decorrência de mera omissão individual dos Presidentes da Câmara, que deixaram de indicar os respectivos integrantes.
 9. Joshua Cohen pontua enquanto condições que informam o modelo democrático deliberativo dotado de procedimento capaz de alcançar o bem comum em contexto de respeito à autonomia entre os envolvidos no debate: a) associação contínua por tempo indeterminado; b) acordo no tocante às regras da discussão; c) união pluralista de interesses diversos; d) a relação associativa necessita ser a expressão do resultado da deliberação; d) reconhecimento do outro como pessoa capaz de deliberar e participar do debate de forma racional e atuar de acordo com o respectivo resultado da discussão (GANEM; ZETTEL, 2013, p. 151).

si mesmo exclusiva e unicamente considerados, mas sim consubstanciar modelo de resolução de conflitos através da interação efetiva concretizada no contexto de um debate real, efetivo, nos quais os diversos argumentos sejam postos à mesa de discussão, por todos compreendidos e considerados (FISHKIN, 2015, p. 50). A deliberação deve ser qualitativa. Aliás, na linha dos fundadores do regime democrático norte-americano, a opinião pública, quando filtrada pelos processos deliberativos, serviria ao bem popular e evitaria as revoltas da multidão que ameaçavam a tirania da maioria (Idem, p. 32).

Decerto, a democracia não se limita à mera eleição dos representantes por meio do sufrágio, mas é vivida por intermédio do debate acerca das questões de interesse coletivo. No espaço público, os cidadãos podem criticar as decisões do governante e exigir justificativas para suas escolhas. O controle do governo pelo público, assim, não se limita ao momento do sufrágio, mas ocorre durante todo o mandato, o que contribui para diminuição de decisões arbitrárias (SOUZA NETO, 2006, p. 59).

Ressalta-se, assim, a importância do elemento deliberação no modelo democrático¹⁰. Com efeito, a democracia deve constituir regime que permita a construção de pautas socialmente legitimadas e respaldadas, instrumento de implementação da dignidade do ser humano concretamente considerado (ROCHA, 2002, p. 92). Tal constituição fica em demasia prejudicada quando abordada sob o viés estritamente formal.

Portanto, a não discussão, o não debate, a não deliberação de temas expressa e substancialmente reivindicados ao Legislativo, sobretudo via arquivamento *in albis* da pertinente proposta, é paradeiro ingrato e corrosivo à integridade democrática. Também o é a discussão meramente formal, não garantidora de genuína participação dos agentes interessados e não receptora de ponderações pertinentes, que restringe o debate público e confere a definição de pautas a poucos agentes políticos. É o que, por exemplo, prescrevem o art. 17, inciso I, alínea “s”, do Regimento Interno da Câmara de Deputados (RICD) e o art. 48, VI, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), ao cometerem aos Presidentes das Casas, com exclusividade, a definição de pautas, ouvido apenas o Colégio de líderes:

10. A definição de Abraham Lincoln acerca do regime democrático encontra-se centrada na expressão “pelo povo”, a maneira de implantação do regime. De igual modo, a existência de um Estado Democrático pressupõe “um modo específico e peculiar de se conceber o poder, uma estrutura social e a mesma dinâmica do sistema político, além do que se mostra imperiosa uma democracia enquanto norma, enquanto princípio de convivência” (CARNEIRO, 2019, p. 172).

Art. 17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

I - quanto às sessões da Câmara:

[...]

s) organizar, ouvido o Colégio de líderes, a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados; (BRASIL, 2021a)

Art. 48. Ao Presidente compete:

[...]

VI - designar a Ordem do Dia das sessões deliberativas e retirar matéria da pauta para cumprimento de despacho, correção de erro ou omissão no avulso eletrônico e para sanar falhas da instrução; (BRASIL, 2021b)

De fato, a interação efetiva entre os agentes políticos enseja resultados melhores e institucionalmente mais adequados para as pautas em discussão. Já a concentração de poderes em demasia, especialmente manifestada na decisão sobre o que vai ser pautado, pode constituir exercício autoritário de poder, na medida em que um único agente (v.g., Presidente da Casa) ou pequeno grupo (v.g., Colégio de líderes) pode limitar o dever-direito parlamentar (*interna corporis*) e social (*externa corporis*) de deliberação¹¹.

Não custa lembrar que, no pacto autoritário, o poder soberano é instituído ilimitadamente ou, ainda que sujeito a limites, suas decisões, que vinculam a coletividade, são exaradas por um grupo restrito ou por uma só pessoa, sem qualquer acordo ou participação dos destinatários das decisões (BOBBIO, 2015, p. 281). Logo, é salutar que agentes políticos e a sociedade estejam em vigília contra o excesso e a concentração de poder parlamentar, mormente em se tratando da definição de agendas de

11. Quiçá essa concentração de poder decorra da própria formação da representação política brasileira. A este respeito, Andrade e Coura (2018, p. 295) registram que a “representação política no Brasil é constituída culturalmente como fonte estrutural de aquisição do poder, dado que se reproduz em todas as instâncias e sem a concepção de que as atividades a serem promovidas pelo Estado devem garantir a efetivação do bem público e do bem-estar público”.

integridade institucional, como no caso da PEC 17/2012-Senado, cujo intuito é aperfeiçoar o controle de legalidade e a defesa do interesse público.

Frise-se que a participação social é salutar ao adequado desenvolvimento do regime democrático, caracterizado que é pelo exercício da cidadania e pelo controle popular do poder estatal, visto que confere legitimidade às pautas e decisões estatais. Aliás, como bem pontuou Carmen Lúcia, o que de fato limita o Poder não é (apenas) o Poder, mas a cidadania ativa no seio do processo político:

Mas a Administração Pública faz-se com o público, com o administrado e para ele. Por isso, enquanto ele for expectador teatral desatento ao quanto passa nas coxias, ela sempre será uma ação de poucos para o interesse de grupos. Não é apenas o Poder que pode ‘parar’ o Poder, segundo a fórmula de Montesquieu. O Poder não para o Poder, porque o Direito não traz em sua essência a força que se dá a fazer valer por si mesmo. O que torna o direito uma garantia eficaz é a presença ativa, permanente e incontrolável da força dos cidadãos reunidos, organizados e direcionados em suas tendências e em suas aspirações a determinar o que querem seja realizado pelo Estado. O que ‘para’ o Poder é a cidadania ativa, é a atuação conjunta da parcela do povo que atua de forma determinada e determinante para que o processo político não se restrinja ao quanto se passa ausente aos olhares cidadãos (ROCHA, 2002, pp. 96-97)

Neste contexto de deliberação e participação, insere-se a democracia deliberativa e a teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas. A democracia deliberativa, de perfil procedimental¹², procura revelar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação da opinião são a única fonte de legitimação (LUBENOW, 2010). Segundo Habermas (2003, p. 27), a chave de tal concepção é que “o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação às quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo”. A democracia é deliberativa, justamente porque se baseia no diálogo social, nas interações travadas pelos cidadãos, no embate entre argumentos e contra-argumentos no espaço público e nos fóruns oficiais, que teriam

12. Uma das suas premissas do pensamento habermasiano é a de que a legitimidade do Direito, nas sociedades plurais contemporâneas, não tem como se fundar em qualquer concepção material, de modo que a fonte de legitimidade só pode repousar no processo democrático de produção normativa (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 222).

o condão de racionalizar e legitimar o processo decisório democrático (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 222).

Numa dimensão ideal, a razão comunicativa serve de fundamento para a visão de legitimidade normativa, que é centrada na inclusão dos afetados pela decisão, denominada pelo autor de *princípio do discurso deliberativo* (VARGAS, 2019, p. 129). Conforme tal princípio¹³ (“D”), são “válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, p. 142). A estrutura intersubjetiva de comunicação, e não um conjunto moral específico, é que asseguraria a legitimidade das normas e o respeito ao princípio D (VARGAS, 2019, p. 130). Isto é, o Direito legítimo é apenas aquele em que os cidadãos sejam não apenas os destinatários das normas jurídicas, mas possam enxergar-se também como os seus coautores (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 223).

A teoria discursiva do direito de Habermas ocupa-se prioritariamente de tal produção legítima do Direito. Não especificamente da decisão concreta, relacionada a um caso específico delimitado num processo judicial, mas da produção de normas gerais, servindo-se para tanto – a par de discursos de aplicação – de discursos de fundamentação (CARDOSO, 2010, p. 310). Destarte, numa dimensão institucional, Habermas trabalha com a distinção entre discursos de fundamentação, relativos à produção da norma geral, e discursos de aplicação, derivação concreta da norma geral. Os discursos de fundamentação partem da assunção da posição de um “nós”, que assume as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Discursos de fundamentação devem generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento. Por sua vez, os discursos de aplicação procuram alcançar a segurança de expectativas sob condições de exiguidade de tempo e de conhecimento incompleto, buscando a adequação de uma norma a uma circunstância, em consideração a todos os sinais característicos da situação de aplicação (CARDOSO, 2010, p. 311).

A distinção entre as espécies de discursos visa a dois propósitos: **(i)** tornar o Direito mais autônomo e imparcial no momento de aplicação da norma e **(ii)** tornar o Direito mais inclusivo no momento de produção da norma, ao aumentar o espaço de participação dos potenciais atingidos

13. O princípio democrático do discurso (ou princípio da democracia) é uma especificação das normas de ação (normas morais ou jurídicas) que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais (CARDOSO, 2010, p. 311)

em seu processo de produção, ampliando-se sua legitimidade (VARGAS, 2019, p. 132).

Em linha com este segundo propósito, o regime democrático deve buscar contínuo aprimoramento da deliberação participativa, inclusiva, aberta a todos os que serão atingidos pelas pautas políticas em discussão. Deve-se implementar uma democracia efetiva, espriada em toda a extensão do sistema, seja na sociedade e em particular nos órgãos do Estado, não podendo ser um regime somente normativamente posto, mas não implementado na prática (ROCHA, 2002, p. 95). Logo, restringir a amplitude deliberativa e a efetiva participação de interessados na norma, particularmente mediante concentração de atribuições decisórias legiferantes – tal como conferem o RICD e RISF à Presidência e ao Colégio de líderes – pode implicar estado de contínua erosão da democracia e de crise de legitimidade da (não) produção normativa.

Assim, para que a proposta *habermasiana* opere adequadamente, o ordenamento jurídico, especialmente o Direito Constitucional, deve garantir as condições para que cidadãos participem ativamente do processo deliberativo, com iguais condições de vocacionar suas percepções e argumentos, e as instituições do Estado devem estar habilitadas a reconhecer, filtrar e converter os *inputs* da manifestação civil em normas (VARGAS, 2019, p. 132).

Sob esta luz, há de se cogitar da (i)legitimidade das amplas atribuições da Presidência e do Colégio de líderes, notadamente do exercício desmedida daquela prevista no art. 17, inciso I, alínea “s”, do RICD e o art. 48, VI, do RISF.

3. PRESIDÊNCIA, COLÉGIO DE LÍDERES E AGIR COMUNICATIVO

O regime democrático, como apontado, tem por desiderato a resolução de conflitos na sociedade por meio da interação pacífica e política dos seus integrantes em processo discursivo racionalmente delimitado de maneira não meramente formal, mas de modo a garantir debate e deliberação amplos, quantitativa e qualitativamente.

A esse propósito, a teoria do agir comunicativo de Habermas – que fundamenta sua ética do discurso e democracia deliberativa – busca identificar e propor modelos de fala que produzam resultados mais justos, que promovam o bem comum de todos os envolvidos no processo e que sejam pautados pelo critério da correção normativa. Para tanto, Habermas

propõe uma modalidade de coordenação do processo de comunicação – atos ilocucionários orientados ao acordo em um agir comunicativo forte (CARDOSO, 2009, p. 23), em que as pretensões de validade dependem de seu reconhecimento por falante e ouvinte, buscadas mediante razões discursivamente demonstradas ou demonstráveis, através de pretensões de verdade, sinceridade e correção normativa (CARDOSO, 2010, p. 128).

Há dois tipos básicos de interação via linguagem: agir comunicativo (forte e fraco) e o agir estratégico. O agir comunicativo é proposto como uma forma direcionada ao consenso e à consecução do bem comum, ao passo que a noção de agir estratégico visa à satisfação exclusiva de interesses egoísticos por meio de influência. O primeiro busca uma interação dialética que racionalmente logre consenso, enquanto o segundo pretende apenas produzir um resultado estratégico por meio de influência externa ao ato de comunicação, de modo que ambos os mecanismos de coordenação são mutuamente excludentes (CARDOSO, 2009, p. 51).

Em sentido forte, o uso comunicativo da linguagem é orientado ao acordo, que somente é alcançado se os envolvidos no discurso puderem aceitar uma pretensão de validade pelas mesmas razões. O respectivo ato ilocucionário deve passar pelo crivo das três pretensões de validade – verdade, sinceridade e correção normativa. Em sentido fraco, o agir comunicativo é orientado ao entendimento mútuo, que ocorrerá quando um participante vê que o outro tem boas razões para a intenção declarada, mas que não necessitam ser apropriadas por aquele (CARDOSO, 2009, pp. 25, 51 e 57).

De seu turno, no agir estratégico, os autores estão exclusivamente orientados para o sucesso, isto é, para as consequências do seu agir, e tentam influir externamente, mediante oferta de bens, sugestão, engano, ameaças ou seduções, a definição da situação, decisões ou motivos de seus adversários, ao que corresponde uma coordenação da ação por meio de um cálculo de ganhos egocêntricos (RIVIEIRA, 1995, p. 24). Nele, a comunicação é subordinada ao agir racional orientado a fins (racionalidade teleológica). Assim como no agir fraco, faltam os contextos normativos partilhados e a pretensão de correção normativa. Mas, diferentemente destes, as pretensões de verdade e sinceridade não almejam a motivação racional do ouvinte (CARDOSO, 2009, p. 65).

O processo legislativo pode ser conduzido pelos agentes políticos estratégica ou comunicativamente. Estrategicamente, quando se visa a

mera produção de um resultado almejado, regimentalmente regular e minimamente convincente. Neste caso, o que importa é a conclusão do processo, quer tenha sido dado ou não ensejo/atenção à efetiva participação de outros agentes políticos e externos. Comunicativamente, quando o processo é conduzido de forma a promover o debate e a deliberação públicos, assim como a proporcionar acordo e entendimento. Se é certo que o direito não pode obrigar o emprego comunicativo de direitos fundamentais políticos, de outro lado, os agentes políticos devem se pautar por um agir comunicativo no sentido forte (CARDOSO, 2010, p. 233). Numa democracia, é o que se espera dos mandatários do poder.

No contexto do processo legislativo, a ação estratégica não se compromete com o amplo diálogo entre as partes interessadas e se contenta com decisões singulares, com omissões deliberadas e com o uso do *inconsciente coletivo*¹⁴, desde que orientados ao fim proposto. Entretanto, à luz do aludido princípio democrático habermasiano (“D”), só se consegue garantir força integradora ao direito se a totalidade dos destinatários singulares da norma jurídica puder considerar-se autora racional dessas normas, de tal maneira que o direito moderno se nutre de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge do agir comunicativo (CARDOSO, 2010, p. 233).

Destarte, o processo legislativo deve ser preponderantemente um agir comunicativo, em que se garanta diálogo, participação e voz aos atores envolvidos direta ou indiretamente na proposta, em prol da autonomia pública e privada. De fato, a deliberação pública deve se pautar por ações comunicativas, voltadas ao entendimento, e não à realização de objetivos estratégicos particulares (SOUZA NETO, 2007). Isto supõe desconcentração de poderes de agenda e deliberação, inclusive na definição e encaminhamento de pautas nas casas legislativas. Desse

14. O inconsciente coletivo seria uma parcela da psiquê que se distingue do inconsciente pessoal na medida em que não deve sua origem à experiência de vida individual, a uma aquisição pessoal. Enquanto o inconsciente pessoal decorre de conteúdos que foram anteriormente conscientes que se transmutaram para inconscientes por terem sido esquecidos ou reprimidos, os do coletivo devem sua existência apenas à hereditariedade. O inconsciente pessoal decorre, na maior parcela de complexos, já o coletivo se baseia em arquétipos (JUNG, 2014, p. 51). O arquétipo, enquanto elemento indispensável da ideia do inconsciente coletivo, “indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo o tempo e em todo lugar. A pesquisa mitológica denomina-as ‘motivos’ ou ‘temas’ (...) Adolf Bastian designou-as bem antes como ‘pensamentos elementares’ ou ‘primordiais’” (JUNG, 2014, p. 52). Assim, pode-se definir arquétipos como paradigmas inconscientes que passam entre as gerações, portanto como fundamento cultural, de sorte que podem constituir, entre outros fatores, influências nas posturas dos sujeitos, podendo de igual sorte constituir fator de controle popular inconsciente, pelo hábito cultural, conjunto de práticas reiteradas por determinada sociedade, que passam entre gerações.

modo, especialmente os órgãos dotados de estrutura administrativa¹⁵ com finalidade instrumental condicionante e preparatória do próprio processo legislativo deve estar retroligada ao poder comunicativo. Afinal, o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos. (CARDOSO, 2010, p. 249).

Portanto, a concentração de poder de agenda pode constituir obstáculo ao alcance de um consenso racional, que é a finalidade da relação interativa deliberativa (CARDOSO, 2009, p. 50). É o que se observa no arquivamento provisório e na não inclusão em pauta da PEC 17/2012 pela Presidência do Senado Federal, a despeito de todo apoio social e político à proposição.

Omissões como a tal são de duvidosa constitucionalidade, o que pode provocar a fiscalização da jurisdição constitucional. Segundo Marcelo Cantoni de Oliveira (2016, pp. 2013-214), na esteira da teoria discursiva de Habermas, a tarefa da jurisdição constitucional no exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis é garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, de modo que a importância desse controle no que toca às normas de produção das próprias leis é evidente, quer na perspectiva de garantia do devido processo legislativo democrático (ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação), quer na garantia do devido processo constitucional (imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional). A seu turno, interpretando o procedimentalismo habermasiano, Cláudio Pereira Souza Neto (2007) sustenta que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configuram de forma imediata as condições para a participação no processo democrático, mas também aqueles cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum – direitos tais que podem ser tutelados mediante controle de constitucionalidade.

Nessa esteira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4029/DF (Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 27/06/2012) – cujo *ratio*

15. Nos termos da Carta da República (artigo 57, §§4º e 5º) e pertinentes normas do RICD e RISF, os ocupantes das mesas diretoras, em especial os presidentes eleitos. Nos termos do regimento interno, também detém poder de decisão a Presidência e o Colégio de Líderes. Segundo Carmen Lúcia, a “Administração Pública somente é democrática (ou será, no caso brasileiro) quando contar com administrados tão democraticamente atuantes quanto sejam os interesses por eles buscados para o benefício de todos e não apenas de uns poucos e eternamente beneficiários privilegiados da coisa pública, que se vem particularizando e sendo tratada tão ineficientemente em detrimento dos que dela mais precisam desde os primeiros momentos da colonização, inda hoje não superada” (ROCHA, 2002, p. 97)

decidendi tem afinidade com a crítica à concentração de poderes na presidência e colégio de líderes, em detrimento das deliberações colegiadas e plenárias – o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes premissas a propósito do controle do processo legislativo: a) possibilidade de o Judiciário controlar o processo legislativo, sobretudo quando violadas as premissas democráticas e o devido processo; b) impossibilidade da vontade de determinado parlamentar/órgão se sobrepor unilateralmente ao do colegiado competente, no caso da ADI a comissão mista de análise de medidas provisórias; c) a Constituição Federal consagra o viés participativo da democracia.

Esclareça-se que não se está a sustentar mitigação da função legislativa¹⁶ ou ingerência em matérias *interna corporis*, mas a recomendar o desenvolvimento qualitativo da atribuição típica do Poder legiferante, particularmente ao viabilizar efetiva participação popular, adensar a deliberação de pautas relevantes e combater a mora nos trâmites de propostas normativas, evitando, destarte, rejeições implícitas por omissão deliberativa, na forma do que, por exemplo, prevê o art. 332, §2º do RISF.

4. CONCLUSÃO

Na esteira da deliberação qualitativa de James Fishkin e da democracia deliberativa de Jürgen Habermas, o modelo democrático não pode se limitar a mero conjunto de ritos pré-estabelecidos, mas sim numa via de resolução de conflitos através da interação efetiva de grupos e agentes interessados. A democracia, deliberativa por natureza, requer ação comunicativa forte, que permita a interação racional discursiva de agentes políticos e externos, e não uma atuação egoisticamente estratégica.

Tal ação comunicativa necessita ser implementada de sorte a garantir que todos os atores envolvidos direta ou indiretamente possam dela participar, influenciando os respectivos resultados, cuja melhor implementação demanda desconcentração de poder no processo deliberativo, particularmente quanto à definição das pautas das casas legislativas. Neste ponto, nada mais nocivo e corrosivo à integridade democrática do que não se debater determinado tema expressa e formalmente reivindicado

16. A exemplo do que foi feito por Francisco Campos quando da instituição da Carta de 1937, que outorgou o respectivo exercício normativo a outro Poder, com base numa suposta incapacidade de legislar (GODOY, 2019, p. 29).

ao Legislativo, por decisão ou omissão da Presidência e/ou Colégio de líderes da casa legislativa.

Limitar o regime democrático ao aspecto meramente formal, em particular em contexto normativo de excessiva concentração de atribuições decisórias em alguns órgãos legislativos, acarreta contínua erosão à qualidade da democracia e ao seu potencial pacificador, transmudando-a em mero mecanismo formal de controle político autocrático ou oligárquico.

O caso da PEC dos Procuradores Municipais – nº 153/2003 (Câmara) e nº 17/2012 (Senado) – sugere que a excessiva concentração de poderes regimentais e decisórios de pauta na Presidência e Colégio de líderes da casa legislativa implica a adoção de um agir estratégico no bojo do processo legislativo, em detrimento da qualidade deliberativa inerente à democracia, que pode motivar controle jurisdicional de constitucionalidade em sua defesa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thais Machado de; COURA, Alexandre de Castro. O mito da representação política: do processo de representação política à construção dos direitos fundamentais: uma análise da atual situação representativa no Brasil. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 04, 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico mendes de Conservação da Biodiversidade. [...]. Requerente: Associação nacional dos Servidores do Ibama. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 08 de março de 2012. Data de publicação: 27 de junho de 2012. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur211240/false>>. Acesso em 27 de jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer CCJ, de 04 de maio de 2012*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4165923&ts=1630422452972&disposition=inline>. Acesso em: 14 de jul. de 2021.

BRASIL. Câmara de Deputados. *Regimento Interno da Câmara de Deputados*, 2021a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno do Senado Federal*, 2021b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 13 set. 2021.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. Fundamentos jurídicos e pedagógicos do Estado Democrático-Participativo e da globalização política. *Revista da AGU*, Brasília, nº 18. 2019.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DIAS, Maércio Herculano; MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Representação política: uma análise da relação entre representantes e representados. Brasília: *Revista da AGU*, v. 14, n. 04, 2015.

FISHKIN, James S. Quando o povo fala: *democracia deliberativa e consulta pública*. Tradução Vitor Adriano Liebel. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

GANEM, Fabrício Faroni; ZETTEL, Bernardo. O modelo democrático-deliberativo à luz do pluralismo político. *Revista da AGU*, Brasília, nº 35. 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Francisco Campos e a ilusão da técnica do Estado totalitário a serviço da democracia. A Constituição de 1937 e o Estado Novo. *Revista da AGU*, Brasília, v. 18, n. 02. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I. 2. ed.

Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: *Tempo Brasileiro*, 2003.

JUNG, Carl Gustav, 1875-1961. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 11ªed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, vol. 51, n. 121, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/i/2010.v51n121/>. Acesso em: 11 set. 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo Constitucional*. 3ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIVIERA, Francisco Jair Uribe. *Agir comunicativo e planejamento social: uma crítica ao enfoque estratégico*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 14 set. 2021.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Democracia, constituição e administração pública. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 2, n.9. 2002. Disponível em:< <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/737>>. Acesso em 16.08.2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39825>>. Acesso em: 13 set. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VARGAS, Daniel Barcelos. A democracia à meia-luz: *uma crítica ao liberalismo constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 115-143, jan./jun. 2019.

VITULLO, Gabriel Eduardo. *Teorias da democratização e democracia na Argentina contemporânea*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

RECEBIDO EM: 18/09/2022
APROVADO EM: 07/11/2022

O DIREITO HUMANO À ÁGUA E AO SANEAMENTO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO DE PETER HÄBERLE

*THE HUMAN RIGHT TO WATER AND SANITATION FROM THE PERSPECTIVE OF
PETER HÄBERLE'S COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE*

*Alyre Marques Pinto¹
Lídia Maria Ribas²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O estado constitucional cooperativo. 2. O compromisso internacional ao direito humano à água e ao saneamento. 3. A relevância da cooperação internacional na efetividade do direito fundamental à água e ao saneamento. 4. Considerações finais. Referências.

1. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direito do Saneamento pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ICJP/FD.ULISBOA). Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Católica Dom Bosco em convênio com o Instituto Nacional de Pós-Graduação (UCDB/INPG). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU).
2. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS.

RESUMO: O presente artigo busca examinar a importância da cooperação internacional na efetividade do direito fundamental à água e ao saneamento. Para o fim proposto, discorre-se, inicialmente, sobre a globalização até avançar ao modelo de “Estado Constitucional Cooperativo” proposto por Peter Häberle. Em sequência, analisa-se o compromisso internacional que vem sendo construído, embora por instrumentos de *soft law*, quanto ao direito humano à água e ao saneamento, objetivando, ao final, analisar a relevância da cooperação internacional na efetividade de tais direitos fundamentais. A conclusão do artigo é pela imprescindibilidade da cooperação internacional entre as diversas nações, as quais precisam reconhecer sua responsabilidade internacional e a necessária solidariedade entre os povos para a resolução de problemas que ultrapassam fronteiras nacionais, como a questão da água e do saneamento. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com apoio na pesquisa bibliográfica, do tipo exploratória e qualitativa, de forma a delimitar o conceito de “Estado Constitucional Cooperativo” e demonstrar sua contribuição para a realização dos direitos analisados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Água e Saneamento. Globalização. Estado Constitucional Cooperativo.

ABSTRACT: This article seeks to examine the importance of international cooperation in the effectiveness of the fundamental right to water and sanitation. For the proposed purpose, it is initially discussed about globalization until advancing to the model of “Cooperative Constitutional State” proposed by Peter Häberle. Next, the international commitment that has been built, albeit through *soft law* instruments, regarding the human right to water and sanitation is analyzed. To, in the end, analyze the relevance of international cooperation in the effectiveness of such fundamental rights. The conclusion of the article is the indispensability of international cooperation between different nations, which need to recognize their international responsibility and the necessary solidarity among peoples to solve problems that go beyond national borders, such as the issue of water and sanitation. The method of approach used is deductive, supported by bibliographic research, exploratory and qualitative, in order to delimit the concept of “Cooperative Constitutional State” and demonstrate its contribution to the realization of the rights analyzed.

KEYWORDS: Human rights. Fundamental rights. Water and Sanitation. Globalization. Cooperative Constitutional State.

INTRODUÇÃO

A água é um recurso natural limitado, imprescindível para a vida humana. O saneamento, por sua vez, relaciona-se à salubridade ambiental, essencial à saúde pública, além de representar um dos principais mecanismos de proteção das reservas de água potável. Ambos são direitos humanos, indispensáveis para uma vida digna e condição prévia para a realização de outros direitos humanos.

Porém, segundo dados do Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos de 2021³ (UN, 2021, p. 2-3), mais de dois bilhões de pessoas em todo o mundo vivem em países em situação de estresse hídrico, com avanços significativos que apontam que o mundo provavelmente irá enfrentar um déficit hídrico global de 40%, até 2030, em um cenário “sem alterações” (*business-as-usual*).

Outro fator agravante é a diminuição da qualidade da água, estimando-se que, em âmbito global, cerca de 80% de todas as águas residuais e municipais são lançadas no meio ambiente sem qualquer tratamento prévio, com efeitos prejudiciais para a saúde humana e para os ecossistemas (UN, 2021, p. 3).

O cenário demonstra tratar-se de problemas mundiais, próprios do mundo globalizado, onde riscos locais repercutem por todo o planeta, evidenciando a necessidade de um agir coletivo, diante de uma impotência natural do agir individual do Estado-Nação, fechado em sua soberania.

Nesse contexto, sobressai a realização cooperativa dos direitos humanos, os quais passam a ser “tarefas de comunidade” da humanidade do Planeta, ultrapassando a fronteira dos Estados como unidades autônomas, impulsionado o “direito comum de cooperação”, ensejando, assim, um novo modelo de Estado, como propõe o professor alemão Peter Häberle (2007, p. 71), o Estado Pós-Nacional, qual seja, o “Estado Constitucional Cooperativo”, sob a dimensão internacional.

Diante do reconhecimento de uma “responsabilidade comum” para problemas globais, importante questionar a relevância de um Estado

3. *World Water Development Report – WWDR*.

“aberto” ou cooperativo no alcance do direito fundamental à água e ao saneamento no contexto interno de cada Estado-Nação.

Para o fim aqui proposto, discorre-se, inicialmente, sobre a globalização até avançar ao modelo de Estado Constitucional proposto por Häberle. Em sequência, analisa-se o compromisso internacional que vem sendo construído, embora por instrumentos de *soft law*, quanto ao direito humano à água e ao saneamento. Para, ao final, analisar a relevância da cooperação internacional na efetividade de tais direitos fundamentais.

A técnica de pesquisa é a bibliográfica, do tipo exploratória e qualitativa, contemplando análise da doutrina, legislação e documentos internacionais, exposição de dados, orientada pelo método de abordagem dedutivo, de forma a delimitar o conceito de “Estado Constitucional Cooperativo” e demonstrar sua contribuição para a realização do direito fundamental à água e ao saneamento.

1. O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

No contexto do mundo atual, interconectado e interdependente, merece relevância o processo irreversível da globalização, cada vez mais ampliado e acelerado, qual seja, “a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”, ou melhor “o assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida transnacionais, muitas vezes indesejadas e incompreensíveis”, como o descreveu o sociólogo alemão Ulrich Beck (1999, p. 46-47).

Discorrendo sobre o desafio ético da “globalização”, ou, mais precisamente, a globalização como um desafio ético, o sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman (2011, p. 77-78) advertiu sobre a possibilidade de consequências globais para ações locais, com reflexos sobre as condições de vida (ou morte) de pessoas, lugares, ultrapassando, até mesmo, gerações:

Seja qual for o sentido de “globalização”, ela significa que somos todos dependentes uns dos outros. Distâncias importam pouco, agora. Qualquer coisa que ocorra localmente pode ter consequências globais. Com os recursos, as ferramentas técnicas e o know-how que os seres humanos adquiriram, suas ações podem alcançar enormes distâncias de espaço e tempo. Por mais locais que suas intenções possam ser, os

atores seriam mal-aconselhados a deixar de levar em conta fatores globais, uma vez que estes podem ser decisivos para o sucesso ou o fracasso de suas ações. O que fazemos (ou nos abstermos de fazer) pode influenciar as condições de vida (ou morte) de pessoas em lugares que nunca visitaremos e de gerações que jamais conheceremos (BAUMAN, 2011, p. 77-78).

No mesmo sentido, Beck (1999, p. 83), comentando sobre os perigos globais do mundo atual, que podem avançar até mesmo ao irrompimento de um conflito armado pela disputa de fontes vitais de vida, como a água, identificou o diagnóstico de uma “sociedade mundial de risco”, onde os riscos passam a ser globais, duradouros, irreversíveis, incalculáveis, resultado das decisões humanas:

os danos já não têm limitação no espaço ou no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio da causação perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um *worst case* de ameaça em espiral. Não existem, portanto, quaisquer planos de prevenção para o pior dos casos (BECK, 1999, p. 83).

De fato, rompe-se o paradigma da primeira modernidade, qual seja, a ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais, sobrevivendo uma imposição do “novo” que obriga a todos a se acomodarem a sua presença e a fornecer respostas (BECK, 1994, p. 46).

Por outro lado, como anunciou Bauman (2011, p. 78-79), nossa “história comum” é fruto das escolhas humanas, portanto, “muita coisa depende de nosso consentimento ou de nossa resistência à forma enviesada até agora assumida pela globalização do compromisso humano”, evidenciando a necessidade de um agir coletivo, diante de uma impotência natural do agir individual, sempre que outros seres humanos sofram por falta de dignidade, miséria ou sofrimento.

De forma mais perturbadora, o filósofo e sociólogo francês Edgar Morin (2020, p. 96-99) acentua que, ao se globalizar, nossa civilização foi animada por um excesso destruidor que degrada a própria biosfera e a própria antroposfera, convertendo maciçamente a pobreza em miséria, aumentando sem solução de continuidade as desigualdades, destruindo os movimentos de solidariedade, perturbando as civilizações tradicionais e as

regulações naturais da biosfera, tendendo a aumentar, acumular e combinar processos que conduzem a catástrofes em cadeia. Prosseguindo, enfatiza:

A degradação contínua da biosfera, que nada tem podido frear, compreende não só as poluições urbanas e industriais, não só a diminuição da biodiversidade, não só o aquecimento climático, não só o desflorestamento maciço, não só a desvitalização dos oceanos, mas também a esterilização maciça dos solos dedicados às monoculturas da agricultura industrializada, produzindo alimentos padronizados, insípidos, impregnados de pesticidas, perigosos para a saúde dos povos do planeta (MORIN, 2020, p. 99).

Como se vê, para além da interação econômica, social, cultural, tecnológica entre os povos do mundo, favorável ao desenvolvimento econômico das sociedades, a globalização acarreta a concentração de riquezas, aprofunda a desigualdade social e, primordialmente, traz sérios danos ao meio ambiente, em virtude da ampliação da produção e do consumo, que passa a ter proporções mundiais, demandando uma exploração exagerada dos recursos naturais, acompanhada do aumento da poluição, tanto atmosférica quanto dos solos e hídrica, com impactos irreversíveis no contexto socioespacial.

Sob outra vertente, importante anotar que o processo de globalização se limitou a produzir uma rede de interdependência, sem avançar por uma ordem política global ou uma lei global, e, mais ainda, desacompanhada de um controle democrático em escala também global, representando um progressivo desempoderamento do Estado-Nação moderno e (até agora) a inexistência de qualquer substituto efetivo (BAUMAN, 2011, p. 79-80).

Nessa conjuntura, com a certeza de que uma resposta efetiva à globalização só pode ser global, Bauman (2011, p. 82) ressaltou a importância do assentamento de uma arena política global:

A sorte de uma resposta global depende da emergência e do assentamento de uma arena política global (distinta de um foro internacional ou inter-Estados). É essa arena que hoje falta do modo mais flagrante. Os atores globais existentes estão individualmente pouco dispostos a montá-la. E seus adversários públicos, treinados na antiga, mas cada vez menos eficiente, arte da diplomacia inter-Estados, demonstram carência da habilidade e dos recursos exigidos. São necessárias novas forças para restabelecer e revigorar um foro global adequado à era da globalização – e elas só podem

se afirmar evitando ambos os tipos de atores (BAUMAN, 2011, p. 82).

Morin (2020, p. 106-107), por sua vez, também refletindo sobre um “novo Caminho para outro futuro”, diante da perspectiva de uma pós-humanidade que se fecha num pensamento eufórico que lhes oculta o futuro catastrófico produzido pela trindade sem freio: ciência/técnica/economia, orienta que não se pode ignorar “que a comunidade de destino de todos os seres humanos na Terra exige uma consciência comum da Terra-Pátria, envolvendo as pátrias sem eliminá-las”.

Igualmente sob uma perspectiva política, Beck (1999, p. 226-228) enunciou que uma das respostas possíveis à globalização seria a “cooperação internacional”, advinda de um “acordo responsável” entre os Estados nacionais, de forma a melhor ordenar o mercado mundial e, ao mesmo tempo, renovar seus poderes político-estatais e seu poder de conformação, na esperança de que a era nacional da democracia social possa ser revivescida pela “era da democracia social cosmopolita”.

Ao que se percebe, o Estado-Nação tal qual o conhecemos, fruto da história moderna, “ente abstrato, que regulamenta relações, cria normas organizadoras da sociedade, impõe sanções e tenta construir a paz e a ordem” (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 66), em seu território, de forma soberana, encontra-se, muitas vezes, impotente, frente às novas relações de poder, uma vez que “deixou de ser o único player internacional e detentor da última ratio dentro de seu território para compartilhar poder com outros atores tanto na esfera internacional quanto na doméstica” (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 81).

Conforme acentua o sociólogo espanhol Manuel Castells (2018, p. 475-476), o Estado-Nação vem sendo cada vez mais submetido a uma concorrência mais sutil e problemática de fontes de poder indefinidas e, às vezes, indefiníveis⁴, evidenciando a descentralização do Estado-Nação numa esfera de soberania compartilhada que caracteriza o cenário político atual.

4. Sobre “fontes de poder indefinidas e, às vezes, indefiníveis”, Castells faz referência a “redes de capital, produção, comunicação, crime, instituições internacionais, aparatos militares supranacionais, organizações não governamentais, religiões transnacionais, movimentos de opinião pública e movimentos sociais de todos os tipos, incluindo movimentos terroristas”, além de “comunidades, tribos, localidades, cultos e gangues”, em um nível abaixo do Estado.

Relembre-se que a instituição Estado é fruto de uma luta pela limitação do poder, resultado das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, em prol dos direitos civis e políticos contra o regime feudalista de produção e às estruturas sociais do Absolutismo, dando ensejo aos direitos de liberdade, direitos humanos de primeira dimensão, e à formação do próprio Estado Liberal.

Posteriormente, com os direitos sociais, direitos humanos de segunda dimensão, formulados para garantir a fruição dos direitos de liberdade, em prol de uma igualdade material, sob uma perspectiva coletiva, resultado da organização da classe trabalhadora, frente ao sistema capitalista de produção, que acabou por gerar uma atomização social, com crescente pauperização das massas proletárias, assinalou-se a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, no qual passou-se a exigir uma intervenção do Estado para a garantia de direitos de caráter econômico e social.

Contudo, sobrevieram novas transformações *dinamogênicas*⁵, em virtude de novas necessidades e reclamos sociais (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 76), emanando os direitos de solidariedade e fraternidade, direitos humanos de terceira dimensão, concebidos a partir do término da Segunda Guerra Mundial e consignados inicialmente, como uma meta progressiva, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nos quais se evocou a preocupação com a paz, o meio ambiente, a comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, sob uma concepção difusa, evidenciando a passagem ao Estado Democrático de Direito, ou melhor, ao Estado Democrático e Social de Direito, no qual o paradigma da democracia e da solidariedade passam a reger o mundo.

No entanto, as atuais mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas advindas da globalização dão ensejo a um novo modelo de Estado, como propõe o professor alemão Peter Häberle, o Estado Pós-Nacional, qual seja, o “Estado Constitucional Cooperativo”, sob a dimensão internacional, que se abre à cooperação e integração internacional e supranacional, seja ela regional ou global, integrando-se à ordem jurídica e política internacional e assumindo responsabilidades perante ela (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 76; 81-82).

5. Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocalano (2010, p. 76) entendem por “transformação dinamogênica a criação ou nascimento dinâmico de direitos em decorrência das necessidades dos seres humanos que, de tempos em tempos, uma vez conscientes de seus problemas, se articulavam por intermédio de um protagonista coletivo, que age reivindicando direitos ou limitação de poderes”.

Como explicita Häberle (2007, p. 3), problemas atuais enfrentados pela humanidade, como a escassez dos substratos econômicos (matéria-prima, energia, gêneros alimentícios), dos recursos e a situação social das pessoas dos países em desenvolvimento, obrigam os Estados a uma responsabilidade comum, ensejando uma nova identidade ao Estado Constitucional, sob a diretriz da cooperação e responsabilidade internacional:

“Estado Constitucional Cooperativo” é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz (HÄBERLE, 2007, p. 4).

Assim, o “Estado Constitucional Cooperativo” se coloca no lugar do Estado constitucional nacional, como resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, desenvolvendo com ela e nela o “direito comum de cooperação” (HÄBERLE, 2007, p. 71).

Sob tal diretriz, é próprio a esse novo Estado Constitucional as seguintes tarefas:

- Abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização “cooperativa”.
- Potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional “conjunta” das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material.
- Solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional) (HÄBERLE, 2007, p. 70-71).

Neste contexto, sobressai a realização cooperativa dos direitos humanos. De fato, os direitos fundamentais, direitos humanos

constitucionalizados no âmbito interno de cada Estado, passam a ser “tarefas de comunidade” da humanidade do Planeta Azul, que vão além dos Estados como unidades autônomas, impulsionado o “direito comum de cooperação” (HÄBERLE, 2007, p. 71).

No entanto, a responsabilidade comum, o dever comum de cooperação não deve se limitar a confissões superficiais de cooperação, inseridas nos textos constitucionais, dos Estados nacionais, os quais, muitas vezes, restringem suas responsabilidades, sob o manto da soberania. Ao contrário, deve avançar no campo político, de forma a reconhecer a responsabilidade regional e global para além do Estado nacional, com o propósito de cooperar, entre outros fatores, no desenvolvimento dos Estados e na proteção do meio ambiente.

Nessa conjuntura, importante analisar o compromisso internacional dos Estados-Nação frente ao direito humano à água e ao saneamento, inobstante, ainda, na forma não vinculante do *soft law*.

2. O COMPROMISSO INTERNACIONAL AO DIREITO HUMANO À ÁGUA E AO SANEAMENTO

No direito internacional, a água é concebida como *un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud*⁶ (ONU, Comentário Geral nº 15, 2002, p. 1), sendo assegurado a toda pessoa o direito a uma quantidade suficiente de água potável para uso pessoal e doméstico (ONU, Comentário Geral nº 15, 2002, p. 5) (PINTO; RIBAS, 2022, p. 86).

O saneamento, por sua vez, relaciona-se à salubridade, ou seja, ao conjunto de requisitos adequados à saúde pública, além de representar um dos principais mecanismos de proteção das reservas de água potável. A então Relatora Especial da ONU para o direito humano à água potável e ao saneamento, Catarina de Albuquerque, sob a perspectiva de direitos humanos distintos, propôs a seguinte definição para o saneamento: *el saneamiento se puede definir como un sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene*⁷ (A/HRC/12/24, ONU, 2009, p. 22) (PINTO; RIBAS, 2022, p. 86-87).

6. “um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde” (tradução livre).

7. “o saneamento pode ser definido como um sistema de recolha, transporte, tratamento e eliminação ou reutilização de excrementos humanos e a correspondente promoção da higiene” (tradução livre).

Por demandarem uma atuação direta do Estado, através de políticas públicas aptas a lhes garantir efetividade, são enquadrados como direitos humanos de segunda dimensão, como o direito à saúde, a educação, o trabalho, a assistência aos desamparados, os quais foram expressamente declarados como “direitos econômicos, sociais e culturais” na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seus artigos 22 a 27 (ONU, 1948), sob a percepção de um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado.

Posteriormente, foram pormenorizados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovado, em 16 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1966), onde os Estados-Partes assumiram uma autêntica obrigação jurídica, e não mero compromisso moral ou político (COMPARATO, 2019, p. 348), em prol de sua promoção e observância, comprometendo-se cada Estado-Parte, conforme previsão do seu art. 2º, § 1º, “[...] a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” (ONU, 1966).

Estabelece, portanto, o Pacto a aplicação progressiva dos direitos sociais, da qual “resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais.” (PIOVEZAN, 2021, p. 275) (PINTO; RIBAS, 2022, p. 98).

Entre os direitos declarados, também chamados de “sociais lato sensu” ou “direitos da igualdade” (MAZZUOLI, 2021, p. 87), merecem relevância os direitos relacionados à um nível de vida adequado (art. 11) e ao mais elevado nível de saúde física e mental (art. 12), compreendendo o primeiro inclusive o direito à alimentação; vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua das condições de vida (art. 11, §1º, PIDESC, ONU, 1966), e o segundo, medidas necessárias para assegurar a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio das crianças; a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das

doenças; e a criação das condições que assegurem assistência e serviços médicos em caso de enfermidade (art. 12, §2º, PIDESC, ONU, 1966).

Trata-se de direitos identificados com o conceito de mínimo existencial, intrinsecamente relacionados ao direito à água potável e ao direito a uma infraestrutura de saneamento básico adequada, uma vez que o acesso a estes constitui condição prévia para a realização daqueles, indispensáveis, por sua vez, para que a vida exista com qualidade, para um viver com dignidade.

Tal conjuntura revela que o direito à água potável e ao saneamento são direitos humanos indispensáveis à fruição de outros direitos humanos, desempenhando papel fundamental no direito à vida, à saúde e para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente para a conservação dos recursos hídricos, os quais, constituem, em essência, matéria prima do serviço público de abastecimento de água potável, com reflexos determinantes para o desenvolvimento econômico e sustentável dos Estados.

De fato, sobressai o caráter de interdependência dos direitos humanos, bem como evidencia que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, inter-relacionados e de igual importância, como declarado na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, ao adotar a Declaração e o Programa de Ação de Viena, parágrafo 5º (ONU, 1993) (PINTO; RIBAS, 2022, p. 99).

Nesse sentido, o Comentário Geral da ONU nº 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, emitido em novembro de 2002, ao enquadrar o direito à água nos artigos 11 e 12 do PIDESC, ressaltou, em seu artigo I.1⁸ que “O direito humano à água é indispensável para se viver uma vida com dignidade humana e é um requisito para a realização de outros direitos humanos.” (tradução livre) (ONU, 2002).

Pode-se dizer, contudo, que a trajetória do compromisso internacional tem início na década de 1970, com a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente que ocorreu em Estocolmo, na Suécia, em junho de 1972, quando a água foi identificada como um recurso natural que deveria ser

8. [...] *El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.*

protegido (ESPADA, 2018, p. 86), conforme consignado no princípio 2º da Declaração de Estocolmo (UNEP, 1972) que assim estabelece:

Os recursos naturais da terra, incluindo o ar, a água, a terra, a fauna e a flora e principalmente as amostras representativas de ecossistemas naturais devem ser salvaguardadas para o benefício das gerações presentes e futuras, através de uma gestão e planejamentos apropriados (tradução livre) (UNEP)

Anote-se que a Conferência de Estocolmo foi referência no que diz respeito à proteção ambiental em nível internacional, alterando-se o paradigma até então prevalente de exploração dos recursos naturais para a adoção de um Plano de Ação para o Meio Ambiente, que incluiu, entre outras coisas, a recomendação que levou ao estabelecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA¹⁰ (CAMPELLO et al., 2018, p. 97).

Cinco anos mais tarde, em março de 1977, foi realizada a primeira Conferência da ONU específica sobre a água, em Mar del Plata, na Argentina, cujo Plano de Ação, em sua Resolução II sobre “Fornecimento de Água às Comunidades”, reconheceu pela primeira vez a água como um direito ao declarar que “Todas as pessoas, de todos os estágios de desenvolvimento e condição social e econômica, tem o direito de acesso à água potável em quantidade e qualidade equivalente às suas necessidades básicas” (ESPADA, 2018, p. 86).

O Plano de Ação de Mar del Plata incluía, ainda, uma série de recomendações e resoluções sobre uma vasta gama de assuntos ligados à água, como avaliação dos recursos hídricos; o uso eficiente da água; o meio ambiente, a saúde humana e o controle da poluição; políticas e métodos de planejamento e gestão; e a cooperação regional e internacional (ESPADA, 2018, p. 86).

Indo além, o referido Plano de Ação impulsionou a ONU a declarar, em 10 de novembro de 1980, por meio da Resolução da Assembleia Geral A/RES/35/18 (UN, 1980), o período de 1981-1990 como a Década Internacional da Água Potável e do Saneamento, tornando a água tema central de debates, reuniões, conferências, congressos e fóruns, resultando

9. *Principle 2: The natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate.*

10. Em inglês, *United Nations Environment Programme – UNEP.*

em uma série de diretrizes programáticas com vistas a orientarem os Estados na tarefa de efetivar a universalização do fornecimento de água potável aos seres humanos (ZIMMER, 2021, p. 63).

Outros marcos de destaque referem-se à abordagem do direito à água e ao saneamento direcionada a determinados grupos sociais que apresentam necessidades diferenciadas, como mulheres e crianças. Neste aspecto, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres – CEDAW (UN HUMAN RIGHTS, 1979), de dezembro de 1979, estabelece um conjunto de objetivos com vista a acabar com a discriminação contra as mulheres, referindo-se explicitamente ao direito à água e ao saneamento para as mulheres na zona rural, em seu art. 14(2)(h)¹¹.

No mesmo sentido, a Convenção Sobre os Direitos da Criança (UN HUMAN RIGHTS, 1989), aprovada em novembro de 1989, veio dar continuidade à desejável proliferação positiva do direito à água nos instrumentos internacionais (ESPADA, 2018, p. 87), cujo artigo 24¹² expõe o compromisso dos Estados signatários de assegurar à criança o mais alto padrão de saúde possível, oportunidade que se refere expressamente à água potável, ao saneamento ambiental e à higiene.

Na década de 1990, sobrevieram importantes conferências mundiais, todas unânimes em reiterar o direito básico à água e ao saneamento. O Princípio nº 4 da Declaração de Dublin/Irlanda (ONU, 1992), fruto da Conferência Internacional Sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, realizada em janeiro de 1992, diz que “(...) é vital reconhecer inicialmente

11. *Article 14 (...) 2. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular, shall ensure to such women the right: (...) (h) To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, **sanitation**, electricity and **water supply**, transport and communications.*

12. *Article 24 1. States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the **highest attainable standard of health** and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services. 2. States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures (...) (c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and **clean drinking-water**, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution; (...) (e) To ensure that all segments of society, in particular parents and children, are informed, have access to education and are supported in the use of basic knowledge of child health and nutrition, the advantages of breastfeeding, **hygiene** and **environmental sanitation** and the prevention of accidents;*

o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis”¹³.

O Capítulo 18 da Agenda 21 (UN, 1992), resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Cimeira do Rio, que ocorreu em junho de 1992, e que ficou também conhecida como Cúpula da Terra, reitera que o abastecimento de água potável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorar a saúde e reduzir a pobreza, além de subscrever a Resolução da Conferência sobre a Água de Mar del Plata, segundo a qual todos os povos têm direito a ter acesso a água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas, identificando-a como “a premissa acordada em comum”¹⁴.

A Agenda 21 teve como foco o desenvolvimento sustentável, oferecendo aos países as bases para criarem seus planos para a superação dos problemas socioambientais. Neste aspecto, o item 18.2¹⁵ da Agenda define como objetivo geral a necessidade de assegurar a oferta adequada de água para toda a população do planeta, o reconhecimento do caráter multissetorial do desenvolvimento dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento socioeconômico, bem como os interesses múltiplos na utilização desses recursos (ZIMMER, 2021, p. 64-65).

Em 1994, destaca-se o Programa de Ação da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito, em setembro, o qual, sob a diretriz da necessidade

-
13. Princípio nº 4 - A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico. Dentro desse princípio é vital reconhecer primeiramente o direito básico de que todos os seres humanos têm acesso a água potável e saneamento a um preço acessível. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos nocivos deste recurso para o meio ambiente. A gestão da água como bem econômico é uma forma importante para chegar a um uso eficaz e equitativo, e para incentivar a conservação e proteção dos recursos hídricos.
 14. *D. Drinking-water supply and sanitation. Basics for action. 18.47. Safe water-supplies and environmental sanitation are vital for protecting the environment, improving health and alleviating poverty. (...) The commonly agreed premise was that “all peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs”*
 15. *18.2. Water is needed in all aspects of life. The general objective is to make certain that adequate supplies of water of good quality are maintained for the entire population of this planet, while preserving the hydrological, biological and chemical functions of ecosystems, adapting human activities within the capacity limits of nature and combating vectors of water-related diseases. Innovative technologies, including the improvement of indigenous technologies, are needed to fully utilize limited water resources and to safeguard those resources against pollution.*

de “uma nova parceria global, entre todos os países e povos do mundo, baseada num sentimento de responsabilidade comum, embora diferenciada, de uns pelos outros e pelo nosso lar planetário” (UN, 1994, p. 42), face ao crescente reconhecimento de uma população global, desenvolvimento e interdependência ambiental, afirma, em seu Princípio 2, que: “Todo homem tem direito a um adequado padrão de vida para si mesmo e sua família, inclusive alimentação, vestiário, habitação, água e saneamento”¹⁶ (UN, 1994, p.).

Anote-se que todas as conferências e fóruns realizados nos anos de 1980 e 1990 produziram importantes documentos internacionais dirigidos à procura de soluções para os problemas da água e do saneamento. Contudo, a mais notável de entre todas foi a Declaração do Milênio das Nações Unidas, que veio a ser aprovada na década seguinte, em setembro de 2000. A Declaração estabeleceu oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) a serem alcançados até 2015, incluindo entre esses a meta de reduzir para metade a percentagem de pessoas que vivem sem um acesso sustentável à água potável até 2015 (ESPADA, 2018, p. 90).

Em setembro de 2002, a Conferência de Joanesburgo (UN, 2002), que ficou conhecida como a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, reafirma o compromisso de acelerar o acesso aos requisitos básicos, tais como água limpa, saneamento, energia, cuidados de saúde, segurança alimentar e proteção da biodiversidade¹⁷.

Anos mais tarde, no dia 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução A/

16. Princípio 2. Os seres humanos estão no centro das questões de desenvolvimento sustentável, têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza. As pessoas são o recurso mais importante e valioso de toda nação. Os países devem assegurar a todos os indivíduos a oportunidade de aproveitar o máximo de seu potencial. **Todo homem tem direito a um adequado padrão de vida para si mesmo e sua família, inclusive alimentação, vestiário, habitação, água e saneamento.**

17. *18. We welcome the focus of the Johannesburg Summit on the indivisibility of human dignity and are resolved, through decisions on targets, timetables and partnerships, to speedily increase access to such basic requirements as water, sanitation, adequate shelter, energy, health care, food security and the protection of biodiversity. At the same time, we will work together to help one another gain access to financial resources, benefit from the opening of markets, ensure capacity-building, use modern technology to bring about development and make sure that there is technology transfer, human resource development, education and training to banish underdevelopment forever.*

RES/64/292¹⁸, reconhecendo que “a água segura e potável e o saneamento são direitos humanos essenciais para o pleno gozo do direito à vida e de todos os outros direitos humanos;” (tradução livre) (UN, 2010).

Em 2012, com a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), a Rio+20, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 22 de julho daquele ano, cujo documento final intitulado “O Futuro que Queremos” reafirmou-se o compromisso do direito humano à água potável e ao saneamento (UN, 2012, p. 23).

Avançando, o tema foi incluído, em setembro de 2015, dentre um dos dezessete objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU: “Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos” (IPEA, 2015), cujo detalhamento traduz metas promissoras até 2030, de acesso universal e equitativo à água potável e acesso adequado e equitativo ao saneamento e higiene para todos.

O propósito do ODS 6 reafirma a mensagem da Agenda 2030: “não deixar ninguém para trás”, abrangendo todos os aspectos dos sistemas de ciclo da água e saneamento, eficiência e gestão dos recursos hídricos, além da proteção dos ecossistemas e cooperação internacional, com projeções para contribuir para o progresso de uma série de outros ODS, principalmente na esfera da saúde, educação, economia e meio ambiente.

No intuito de impulsionar os países que se comprometeram com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a ONU declarou, em dezembro de 2018, por meio da Resolução A/RES/73/226, os anos de 2018 a 2028 como a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável”, tratando da aceleração dos esforços para enfrentar os desafios relacionados à água, inclusive, o acesso limitado à água potável e o saneamento, o aumento da pressão sobre os recursos hídricos e ecossistemas, e um risco exacerbado de secas e enchentes (UN, 2018).

João Negrini Neto e Maria Carolina Negrini (2020, p. 108) ressaltam que tais diretrizes (sintetizadas na figura 1 seguinte), embora inseridas no sistema internacional por instrumentos de *soft law*, funcionam como força motriz importante para acelerar a implementação do amplo acesso à água potável e ao saneamento básico adequado ao redor do globo (PINTO; RIBAS, 2022, p. 101).

18. *Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 64/292. The human right to water and sanitation. [...] 1. Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;*

JUNHO 1972	Conferência das Nações Unidas para o meio Ambiente em Estocolmo/Suécia (água identificada como um recurso natural que deveria ser protegido)
MARÇO 1977	Conferência da ONU sobre Água em Mar del Plata/Argentina (primeiro encontro especializado para tratar os problemas da água. Seu Plano de Ação reconhece a água como um direito, aliada a uma série de recomendações para a avaliação, eficiência, controle, planejamento, gestão e cooperação dos recursos hídricos)
DEZEMBRO 1979	Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (abordagem do direito à água e ao saneamento para as mulheres na zona rural, em prol da igualdade entre homens e mulheres que participem e se beneficiem do desenvolvimento rural)
NOVEMBRO 1980	ONU declara o decênio 1981-1990 com Década Internacional da Água Potável e do Saneamento
NOVEMBRO 1989	Convenção sobre os Direitos da Criança (abordagem do direito à água e ao saneamento para as crianças em prol do mais alto padrão de saúde possível)
JANEIRO 1992	Conferência Internacional sobre a Água e Desenvolvimento Sustentável em Dublin/Irlanda (reconhece o valor econômico da água, reiterando o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento à custos razoáveis)
JUNHO 1992	Agenda 21 - fruto da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento no rio de Janeiro/Brasil - Cimeira do Rio/Cúpula da Terra (tendo como foco o desenvolvimento sustentável, a Agenda 21 reitera que o abastecimento de água potável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorar a saúde e reduzir a pobreza)
SETEMBRO 1994	Programa de Ação da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo/Egito (sob a diretriz da necessidade de uma nova parceria global, reitera o direito à água e ao saneamento)
SETEMBRO 2000	Declaração do Milênio das Nações Unidas (dentro os oito ODM's fixou a meta de reduzir para metade a porcentagem de pessoas que vivem sem um acesso sustentável à água potável até 2015)
SETEMBRO 2002	Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo/África do Sul (reafirma o compromisso de acelerar o acesso à água limpa e aos saneamento)
NOVEMBRO 2002	Comentário Geal da ONU nº 15 (enquadra o direito à água nos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESCI)
JULHO 2010	Resolução da Assembleia Geral da ONU - A/RES/64292 (reconhece o direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos essenciais para o pleno gozo do direito à vida e de todos os outros direitos humanos)

JULHO 2012	"O Futuro que Queremos" - fruto da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável no rio de Janeiro/Brasil-Rio+20 (reafirma o compromisso do direito humano à água potável e ao saneamento)
SETEMBRO 2015	AGENDA 2030 DA ONU (Plano de Ação da ONU para as pessoas, o planeta, a prosperidade, a paz e a parceria global: dentre os 17 ODS's criados, fixa no ODS 6 metas promissoras, até 2030, de acesso universal e equitativo à água potável e acesso adequado e equitativo ao saneamento e higiene para todos)
DEZEMBRO 2018	ONU declara o período de 2018-2019 como "Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento sustentável"

Figura 1 - Principais marcos da trajetória do compromisso internacional ao direito humano à água e ao saneamento. Fonte: elaboração das autoras.

Dessa forma, sob a égide do “Estado Constitucional Cooperativo”, tais compromissos precisam avançar para formas “mais densas”, como a concepção e a realização cooperativa de “tarefas comunitárias” em processos e instituições comuns ou a fundação de composições supranacionais (HÄBERLE, 2007, p. 13).

3. A RELEVÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA E AO SANEAMENTO

Segundo dados do Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos de 2021¹⁹ (UN, 2021, p. 2), mais de dois bilhões de pessoas em todo o mundo vivem em países em situação de estresse hídrico²⁰. Além disso, vários dos principais aquíferos mundiais estão sob estresse hídrico crescente e 30% dos maiores sistemas de água subterrânea estão se esgotando, evidenciando que a expansão dos reservatórios naturais não tem sido capaz de acompanhar o crescimento da população, agravado pelo assoreamento que vem reduzindo a capacidade de armazenamento dos atuais reservatórios.

De fato, como indica o Relatório, o consumo global de água doce aumentou seis vezes no último século e, desde a década de 1980, continua a avançar a uma taxa de 1% ao ano, fruto do crescimento populacional, do desenvolvimento econômico e das alterações nos padrões de consumo, sendo a agricultura responsável por 69% das retiradas de água em âmbito

19. *World Water Development Report – WWD*.

20. Mensurado essencialmente pelo uso da água em função de sua disponibilidade e capacidade de renovação em uma determinada localidade.

mundial, a indústria, por 19% do uso, e os municípios, pelos 12% restantes (UN, 2021, p. 2).

Diante desse quadro, o Relatório ressalta a conclusão do Grupo de Recursos da Água 2030, o qual aponta que o mundo provavelmente vai enfrentar um déficit hídrico global de 40% até 2030, em um cenário “sem alterações” (*business-as-usual*) (UN, 2021, p. 3).

Outro fator agravante é que a qualidade da água vem diminuindo, resultado da poluição em quase todos os principais rios da África, da Ásia e da América Latina, estimando-se que, em âmbito global, cerca de 80% de todas as águas residuais e municipais são lançadas no meio ambiente sem qualquer tratamento prévio, com efeitos prejudiciais para a saúde humana e para os ecossistemas, cuja proporção é muito maior em países menos desenvolvidos, onde há escassez de infraestrutura de saneamento e tratamento de águas residuais (UN, 2021, p. 3).

Em perspectivas regionais, estima-se que 14% da população africana (cerca de 160 milhões de pessoas) vive atualmente em condições de escassez de água, devido em parte à distribuição desigual dos recursos hídricos, bem como às desigualdades no acesso a serviços de água potável e portátil (UN, 2021, p. 9).

Na região Pan-Europeia, o desenvolvimento de marcos de ação abrangentes demonstra uma crescente importância atribuída à valoração da água, especialmente em um contexto transfronteiriço, porém, os esforços ainda permanecem limitados em termos de escopo, não avançando em uma cooperação efetiva (UN, 2021, p. 9).

Em partes da região da América Latina e Caribe, “o estresse hídrico ocasionou uma série de conflitos, uma vez que vários setores, incluindo agricultura, hidroeletricidade, mineração, e até água potável e saneamento, estão competindo por recursos escassos” (UN, 2021, p. 9). Além disso, a proporção média de águas residuais que são tratadas com segurança é pouco abaixo de 40%. Assim, um quarto dos trechos de rios na região são afetados por contaminação grave de patógenos, oriundos principalmente do esgoto doméstico (UN, 2021, p. 10).

A região da Ásia e do Pacífico, por sua vez, “abriga 60% da população mundial, mas detém apenas 36% dos recursos hídricos mundiais, o que faz com que sua disponibilidade de água per capita seja a mais baixa do mundo”, fator agravado com os altos níveis de poluição, “com mais

de 80% das águas residuais sem tratamento produzidas nos países em desenvolvimento da região” (UN, 2021, p. 10).

E, nos Estados Árabes, quase 86% da população, ou quase 362 milhões de pessoas, vive em condições de escassez ou escassez absoluta de água, o que aumentou a dependência de águas transfronteiriças, de recursos hídricos subterrâneos não renováveis e de recursos hídricos não convencionais. Em oposição, de forma positiva, mais de dois terços das águas residuais coletadas nos Estados Árabes são tratadas de forma segura em nível secundário ou terciário, as quais vêm sendo utilizadas em cinturões verdes e reservas naturais, assim como para combater a degradação do solo (UN, 2021, p. 10).

A figura 2 seguinte evidencia o quadro mundial relatado, onde prevalece uma distribuição desigual dos recursos hídricos.

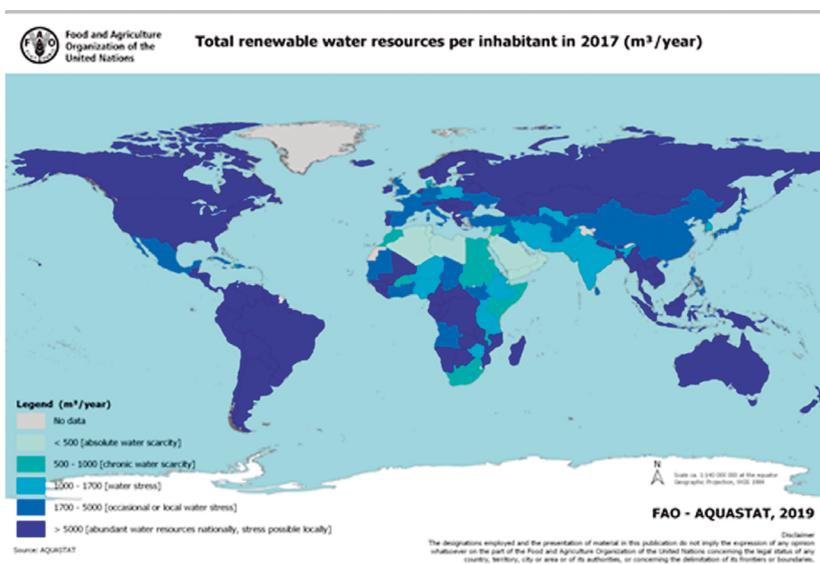


Figura 2: Distribuição dos recursos hídricos no mundo. Fonte: FAO – AQUASTAT (2019).

Por fim, o Relatório enfatiza que a escassez de água está constantemente entre os riscos mundiais de maior preocupação para os formuladores de políticas públicas e líderes empresariais, onde os custos da inação são altos em termos de perdas e degradação ecossistêmicas.

De fato, no contexto do mundo globalizado, realidades locais, ou mesmo ações praticadas em determinadas regiões, repercutem ao redor do planeta, evidenciando a responsabilidade de cada Estado nacional por uma sociedade mais justa e solidária.

Neste aspecto, a escassez de água, o seu desperdício e a falta de saneamento ultrapassam as fronteiras nacionais, podendo até mesmo desencadear crises mundiais, inclusive, bélicas, por falta desse recurso vital, além da degradação ambiental, comprometendo à existência humana e outras formas de vida.

Assim, não há como pensar de forma individualizada, uma vez que a falta de água em determinadas nações gerará conflitos internos, miséria, refugiados ambientais, impactando a política e economia global. Da mesma forma, a ausência de um saneamento adequado afetará a qualidade dos recursos hídricos, com reflexos que ultrapassam fronteiras nacionais, ameaçando as reservas de água potável mundiais, necessárias para a sobrevivência humana.

Hodiernamente, no mundo pós-pandemia da COVID-19, tudo ficou ainda mais claro, aproximando o discurso das evidências práticas testemunhadas por todos (ZIMMER, 2021, p. 85), onde um vírus detectado inicialmente em uma região específica do mundo, espalhou-se por todo o Planeta, em curto espaço de tempo, evidenciando uma clara interconexão e interdependência dos povos, e por consequência uma necessária cooperação e responsabilidade internacional.

Nessa perspectiva, o Comentário Geral da ONU nº 15 (ONU, 2002, p. 12), reconhece que os Estados têm obrigações para além de suas fronteiras, devendo cooperar na realização plena do direito humano à água em outros países. A cooperação internacional exige que os Estados Partes se abstenham de qualquer medida que obstaculize, direta ou indireta, o exercício do direito à água potável, além de se abster de impor embargos ou medidas semelhantes que impeçam o fornecimento de água, de forma que a água jamais seja utilizada como instrumento de pressão política ou econômica²¹.

21. 31. *Para cumplir sus obligaciones internacionales en relación con el derecho al agua, los Estados Partes tienen que respetar el disfrute del derecho en otros países. La cooperación internacional exige que los Estados Partes se abstengan de cualquier medida que obstaculice, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países. Las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar que las personas en su jurisdicción ejerzan ese derecho.*

Ademais, como direciona o Comentário, a cooperação deve abranger assistência financeira e técnica, quando necessário, sendo responsabilidade dos países desenvolvidos ajudar os países em desenvolvimento mais pobres, para realização do direito à água (ONU, 2002, p. 13).

Nessa conjuntura, ganha destaque o papel das Organizações das Nações Unidas - ONU, como entidade supranacional, através de organismos que cuidam da temática da água, como a ONU-Água – UN WATER, a Organização Mundial de Saúde - OMS, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura - FAO, o Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA, o Programa da Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – ONU-HABITAT, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, o Programa da Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD e o Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola – FIDA (ONU, 2002, p. 19), objetivando fomentar e garantir a cooperação internacional em programas relacionados com a água e o saneamento, seja para preservação do recurso natural em si, seja para a preservação do recurso como um elemento essencial à vida humana, sob uma concepção utilitarista.

De igual forma, sobressai o encargo das instituições financeiras internacionais, especialmente o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, os quais devem levar em conta a promoção do direito à água, em suas políticas de crédito, acordos de crédito e outros projetos de desenvolvimento (ONU, 2002, p. 19).

Como evidenciado, os desafios à efetividade do direito fundamental à água e ao saneamento no âmbito interno de cada Estado-Nação só podem ser adequadamente enfrentados com a existência de uma verdadeira cooperação internacional entre as diversas nações, as quais precisam reconhecer sua responsabilidade internacional e a necessária solidariedade entre os povos.

Solidariedade essa tanto em sua dimensão presente quanto futura, uma vez que a geração presente deve tomar consciência de que a cooperação é a única forma de um direito ao futuro para todos (ZIMMER, 2021, p. 109),

A tarefa, porém, não é fácil, uma vez que implica suprimir parcela das soberanias nacionais, submissão a uma jurisdição e responsabilização internacional, em casos de ilícitos, seja por ação ou omissão, além de, muitas vezes, conflitar com interesses próprios de determinadas nações, em um mundo ainda no qual prevalece a divisão Norte e Sul entre países ricos e pobres.

No entanto, o rumo da história da humanidade está a depender de um novo agir, principalmente sobre o direito humano à água e ao saneamento, de forma que os compromissos internacionais assumidos até então assumam formas mais densas, sob o modelo de um direito constitucional comum, regido pela cooperação entre os Estados e fiscalização de um ente supranacional, sem olvidar que esse direito comum incorpore-se às normas constitucionais dos Estados, garantindo-se, assim, a efetividade dos respectivos direitos fundamentais em âmbito interno, o que, a toda evidência, se aproximará do modelo de “Estado Constitucional Cooperativo” defendido por Häberle, onde a soberania é relativizada em prol de compromissos universais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do caminho percorrido neste artigo, verificou-se que o processo da globalização, cada vez mais intensificado e acelerado, para além do desenvolvimento econômico das sociedades, traz sérios riscos à sobrevivência da humanidade, decorrente da exaustão dos recursos naturais e aumento da poluição, com impactos irreversíveis no contexto socioespacial.

Anotou-se, ainda, a impotência dos Estados nacionais, fechados em sua soberania, para resolução de questões de ordem global, que ultrapassam fronteiras e atingem todo o planeta, ensejando o repensar do papel dos atores globais, sob a perspectiva da responsabilidade de cada Estado-Nação para problemas mundiais, primordialmente de ordem ambiental, como a questão da água e do saneamento.

Neste contexto, pontuou-se a relevância do modelo de Estado proposto pelo professor alemão Peter Häberle, o Estado Pós-Nacional, qual seja, o “Estado Constitucional Cooperativo”, sob o pilar da cooperação e integração internacional e supranacional, na efetividade dos direitos humanos.

Avançando, adentrou-se sobre os compromissos internacionais assumidos pelos Estados nacionais, quanto ao direito humano à água e ao saneamento, inobstante, ainda, sob a forma não vinculante do *soft law*, como propulsor para uma cooperação mais densa e efetiva entre as nações.

De forma a materializar o risco global envolvido na temática, demandando necessariamente um agir coletivo, apresentou-se dados do Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos

Recursos Hídricos de 2021, o qual reporta a indícios de que o mundo provavelmente irá enfrentar um déficit hídrico global de 40% até 2030, em um cenário “sem alterações” (*business-as-usual*), acompanhado de uma diminuição da qualidade das águas, considerando que, em âmbito global, cerca de 80% de todas as águas residuais e municipais são lançadas no meio ambiente sem qualquer tratamento prévio.

Por fim, concluiu-se pela confirmação de que os desafios à efetividade do direito fundamental à água e ao saneamento no âmbito interno de cada Estado-Nação só podem ser adequadamente enfrentados com a existência de uma verdadeira cooperação internacional entre as diversas nações, as quais precisam reconhecer sua responsabilidade internacional e a necessária solidariedade entre os povos, sob a concepção de um modelo de “Estado Constitucional Cooperativo”, tal qual como defendido pelo professor Häberle, onde a soberania é relativizada em prol de compromissos universais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: resposta à globalização.* Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. IPEA. Plataforma Agenda 2030. Objetivo 6: *Água Potável e Saneamento*. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), [2015]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods6.html>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio.; LUCENA, Micaella Carolina de.; REIS, João Henrique Souza dos. O princípio 4 da declaração do Rio-92: integração e desenvolvimento sustentável. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; DE SOUZA, Maria Claudia Antunes; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Orgs.). *Meio ambiente e desenvolvimento: os 25 anos da declaração do Rio de 1992*. São Paulo: IDHG, 2018, p. 94-113.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade [recurso eletrônico]*. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 1 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESPADA, Gildo Manuel. História da evolução do direito humano à água. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 40, ago. 2019. p. 80-100.

FAO. *Total renewable water resources per inhabitant in 2017 (m³/year)*. Disponível em: https://firebasestorage.googleapis.com/v0/b/fao-aquastat.appspot.com/o/PDF%2FMAPS%2FTRWR.Cap_eng.pdf?alt=media&token=740ece5d-72a4-404d-9685-6f9c5b6c3fac. Acesso em 06 nov. 2022.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos [livro eletrônico]*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MORIN, Edgar. *Conhecimento, ignorância, mistério*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

NEGRINI NETO, João; NEGRINI, Maria Carolina. Princípios do marco legal do saneamento Básico, com as alterações determinadas pela Lei 14.026, de 15 de julho de 2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O novo marco regulatório do saneamento básico*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105-115.

ONU. A/HRC/12/24. *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, Catarina de Albuquerque. Ginebra: Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, 2009. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/144/40/PDF/G0914440.pdf?OpenElement>. Acesso em: 25 jun. 2022.

ONU. E/C. 12/2002/11. *Comentário Geral nº 15 = Observación general nº 15: El derecho al agua*. (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra: 2002. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>. Acesso em: 25 jun. 2022.

ONU. *Declaração de Dublin*. Irlanda, 1992. Disponível em: http://www.abcmac.org.br/files/downloads/declaracao_de_dublin_sobre_agua_e_desenvolvimento_sustentavel.pdf. Acesso em 02 jul. 2022.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 jun. 2022.

ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

PINTO, Alyre Marques; RIBAS, Lídia Maria. Novo Marco Legal do Saneamento Básico: uma contribuição para a efetividade do direito à água potável e ao saneamento no Brasil. *Revista Auditorium – Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 26. n. 55, p. 84-119, jul./out. 2022.

PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos Humanos, conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNEP. United Nations Environment Programme. *Stockholm Declaration*. *Stockholm*: 16 jun. 1972. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jun. 2022.

UNITED NATIONS. *Agenda 21*. Rio de Janeiro: 1992. Disponível em: <https://sdgs.un.org/publications/agenda21>. Acesso em: 02 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*. Johannesburg, 2002. Disponível em: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em: 28 jun. 2022.

UNITED NATIONS. *Programa de Ação da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento*. Cairo: 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

UNITED NATIONS. *Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2021*. Unesco: 2021. Disponível em: <https://materiais.pactoglobal.org.br/valor-da-agua-fatos-e-dados>. Acesso em: 21 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 10 november 1980 n. 35/18. Proclamation of the Internacional Drinking Water Supply and Sanitation Decade*. New York: 10 nov. 1980. Disponível em: <https://>

documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/390/37/IMG/NR039037.pdf?OpenElement. Acesso em: 05 nov. 2022.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 n. 64/292. The human right to water and sanitation.* New York: 28 jul. 2010. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/35/PDF/N0947935.pdf?OpenElement>. Acesso em: 03 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018 n. 73/226. Midterm comprehensive review of the implementation of the International Decade for Action, “Water for Sustainable Development”, 2018–2028.* New York: 20 dec. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/460/07/pdf/N1846007.pdf?OpenElement>. Acesso em: 31 ago. 2022.

UNITED NATIONS. *The future we want.* Rio de Janeiro: 20-22 jun. 2012. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

UN HUMAN RIGHTS. *United Nations Human Rights – Office of the High Commissioner. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.* New York: 18 dez. 1979. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>. Acesso em: 03 jul. 2022.

UN HUMAN RIGHTS. *United Nations Human Rights – Office of the High Commissioner. Convention on the Rights of the Child.* New York: 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Acesso em: 03 jul. 2022.

ZIMMER, Aloisio. *Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020): Novo Marco Legal do saneamento básico [livro eletrônico].* 1. ed. Porto Alegre: Evangraf, 2021.