

# REVISTA DA AGU

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO 30 ANOS

Dossiê | Análise Econômica do Direito e Pesquisa Empírica  
Aplicadas ao Poder Público: uma perspectiva brasileira

Vol. 22 n° 03 - Brasília-DF - julho 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 03 - Brasília-DF, julho 2023

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 22	nº 03	p. 1-418	julho 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.avaliaceditorial@agu.go.br](mailto:eagu.avaliaceditorial@agu.go.br)

© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

#### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

#### ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

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 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

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

CDD 341.05  
CDU 342(05)

#### **EDITOR-CHEFE**

JOÃO CARLOS SOUTO  
Diretor da Escola Superior 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**

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA  
Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

#### **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. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE 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.

**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 (BAILLE). 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 FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

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

do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

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

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

## PARECERISTAS

### **ALLAN CARLOS MOREIRA MAGALHÃES (UNINORTE/AM)**

Doutor e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Advogado da União (AGU).

### **AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA (UNB/DF)**

Doutora, Mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG, com formação complementar em Louvain-la-Neuve.

### **AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE (UNIT/SE)**

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos - Universidade de Coimbra). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina.

### **AUGUSTO CEZAR FERREIRA BARAÚNA (UFMA/MA)**

Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialização em Criminologia na Faculdade Integradas Brasil-Amazônia. Mestrado em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorado em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

### **BRUNO COSTA MARINHO (INPI/DF)**

Doutor em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras. Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de *Linköping* - Suécia, em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá.

### **CELSO HIROSHI IOCOHAMA (UNIPAR/PR)**

Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Docência do Ensino Superior pela Universidade Paranaense. Doutorado em Educação pela Universidade de São Paulo.

### **CESAR RIBOLI (URI/RS)**

Doutor em Educação pela UNISINOS, RS. Mestre em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo, RS. Graduado em Direito, em Administração e em Ciências Contábeis.

### **CLEBERSON CARDOSO DE OLIVEIRA (FACULDADE ANHANGUERA/SP)**

Doutorado pela UNISANTOS participante como Aluno Especial. Doutorando pela FADISP. Mestre em Direito pela UNICESUMAR. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Bacharel em Direito pela METROPOLITANA IESB.

### **DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS (UFMA/MA)**

Doutorado PhD em *International Cooperation--Governance and Law* - Universidade de Nagoya-Japão. Mestrado em LL.M. *Comparative Law* - Universidade de Nagoya-Japão. Graduação em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Maranhão.

### **FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (AGU/IBMEC/RJ)**

Pós-Doutor em Administração Pública pela Universidade Ca' Foscari de Veneza - Itália. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional. Advogado da União.

### **FERNANDA SCHUHLI BOURGES (FESP/PR)**

Doutora em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio de pesquisa na Universidade Paris 1 *Panthéon-Sorbonne* pelo período de seis meses. Doutora em Direito Comparado na Universidade Paris 1 *Panthéon-Sorbonne*. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe



Bacellar. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

**FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS (MACKENZIE/SP)**

Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Graduação em Direito pela Fundação Educacional Jayme de Altavila. Pós-Graduação em Direito Processual e Direito Constitucional pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação e pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

**GERSON NEVES PINTO (UNISINOS/RS)**

Doutorado em Philosophie, Textes Et Savoir, mention très honorable na *École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne*, Paris, Mention: Très honorable. Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

**JONATHAN CARDOSO RÉGIS (UNIVALI/SC)**

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Graduação em Direito - Univali. Graduação em Segurança Pública - Curso de Formação de Oficiais pela Polícia Militar de Santa Catarina.

**LEANDRO SARAI (PROCURADOR BC/SP)**

Doutor (bolsista Mackenzie) e Mestre (bolsista Capes - Mackenzie) em Direito Político e Econômico. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Procurador do Banco Central.

**LUCIO PICANÇO FACCI (UNILASALLE/RJ)**

Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procurador Federal AGU.

**LUDMILLA ELYSEU ROCHA (UFRRJ)**

Doutorado em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/PPGE - Programa de Políticas Públicas e Gestão Educacional - UFRJ/RJ. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF/RJ. Bacharel em Direito e Advogada pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF. Licenciada em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Sociais/IFCS. Pós-graduada em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Faculdade de Filosofia de São Bento no Rio de Janeiro.

**LUÍS HENRIQUE BORTOLAI (FACULDADE METROPOLITANA DE CAMPINAS/SP)**

Doutor em “Acesso à justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Mestre em “Acesso à Justiça” na Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

**MÁRCIO CARVALHO FARIA (UFJF/MG)**

Pós-doutor em Direito Processual pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pela Faculdade Newton Paiva/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

**MARGARETH VETIS ZAGANELLI (UFES/ES)**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com Estágios Pós-doutorais na *Università Degli Studi di Milano - Bicocca* (UNIMIB-1), na *Alma Mater Studiorum Università di Bologna* (UNIBO), na *Università Degli Studi Del Sannio* (UNISANNIO), na *Università degli Studi 'Gabriele - D'Annunzio Chieti -Pescara* (UNICH) e na *Università Degli Studi di Milano - Bicocca* (UNIMIB-2). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Licenciada/Bacharel em História pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

**MARIANA BARBOZA BAETA NEVES  
MATSUSHITA (UPM/SP)**

Pós-Doc pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutora e Mestre pela PUC/SP ambos com bolsa de estudos, pela CAPES e CNPq respectivamente; DEA - Diploma de Estudios Avanzados pela Universidade de Barcelona (Espanha). Posgrado en Derecho Tributario Internacional - Universidade de Barcelona (Espanha). MILE - *Master in International Law and Economics* - *World Trade Institut* - *Bern Universität* (Suíça).

**MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA  
(UFBA/BA)**

Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador. Graduação em Psicologia pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública da Bahia. Mestrado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**ROGÉRIO PICCINO BRAGA  
(UNIVERSIDADE DE COIMBRA/PT)**

Pós-doutorado no *Ius Gentium* Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Advogado.

**ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS  
NEVES (AGU/DF)**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Direito Público e Finanças Públicas pelo Centro Universitário de Brasília UniCEUB. Advogado da União.

**SIMONE CRISTINA DUFLOTH  
(FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO/MG)**

Doutora com Pós-Doutorado em Ciência da Informação pela Escola de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre em Ciências e Técnicas Nucleares pela Escola de Engenharia da Universidade Federal de Minas Gerais, Bacharel em Administração de Empresas e em Engenharia Elétrica - Sistemas Eletrônicos.

**TAÍS RAMOS (MACKENZIE/SP)**

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM),

com período de Doutorado Sanduíche no País (SWP) do CNPq na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Especialista em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

**VICENTE DE PAULO AUGUSTO  
DE OLIVEIRA JÚNIOR (CENTRO  
UNIVERSITÁRIO FANOR WYDEN/CE)**

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Doutor em Direito Constitucional Público e Teoria Política, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Mestre, com bolsa PROSUP/CAPES, em Direito Constitucional das Relações Privadas, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica, de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Pontifícia Universidade Católica, de Minas Gerais (PUC/MG).

**VINÍCIUS ALVES SCHERCH (UFSCAR/  
SP)**

Doutorando em Ciência, Tecnologia e Sociedade na Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2019). Especialista em Administração Pública pela Unicesumar, em Direito e processo do Trabalho pela Unopar e em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC. Graduado em Gestão Pública pela Unopar e em Direito pela Faculdade Cristo Rei.

## AUTORES

### **ACHILLES LINHARES DE CAMPOS FRIAS**

Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Políticas Públicas e Governo pela Fundação Getúlio Vargas.

### **AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA**

Doutora, mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora associada dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UnB.

### **ANA MARIA MUNIZ DOS SANTOS ROCHA**

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduanda em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação (ESAMC).

### **ANA PAULA BARBOSA FOHRMANN**

Professora Adjunta de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Doutora e Pós-doutora pela *Ruprecht-Karls Universität Heidelberg*.

### **ANDRÉ DE SOUZA DANTAS ELALI**

Advogado. Professor Associado da UFRN, Mestre e Doutor em Direito Público e *Visiting Scholar* do *Max-Planck-Institut für Steuerrecht* e da *Queen Mary University of London*.

### **ANNA CARAMURU PESSOA AUBERT**

Professora de Direitos Animais na Escola Superior de Ecologia Integral, Justiça e Paz Social. Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil), Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e Pós-graduada em Direitos Animais pela Universidade de Lisboa. Pesquisadora no Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos (NTDH) da UFRJ. Diretora acadêmica do Centro de Estudos Animalistas (CEA). Diretora administrativa da Associação Nacional de Advogados Animalis.

### **BENJAMIN MIRANDA TABAK**

Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Professor e Coordenador do Mestrado

em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

### **BRUNO BARRETO MESIANO SAVASTANO**

Mestre em Economia pelo Insper e advogado da Machado Mayer Advogados.

### **BRUNO MARQUES RIBEIRO**

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).

### **CELSO JERÔNIMO DE SOUZA**

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Formado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, atual Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC. Especialista em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes/UCAM. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE. E-mail: [celsojeronimo@uol.com.br](mailto:celsojeronimo@uol.com.br).

### **CLAUDINE COSTA SMOLENAARS**

Pós-doutorado em Direito Público pela UFRGS. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-graduação do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS.

### **DANIELA REGINA PELLIN**

Procuradora Federal. Mestre em Direito dos Negócios e da Empresa da Unisinos. Especialista em Direito e Economia pela UFRGS.

### **DENIS SKORKOWSKI**

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Judicial dos Servidores do Tribunal de Justiça (SP) – EJUS

### **EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO**

Pós Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA (conceito 5 CAPES). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (conceito 6 CAPES). Mestre pela Universidade São Francisco. Graduado em Direito pela PUC Belos Horizonte -MG.

**FELIPE PORTELA BEZERRA**

Mestre em Política Social e Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

**FERNANDO BOARATO MENEGUIN**

Pós-doutorado em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia, *Law School/Berkeley*. Doutor e Mestre em Economia pela Universidade de Brasília - UnB. Graduado em Matemática pela UnB e Bacharel em Direito pela Ambra University.

**JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS**

Doutorando em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional (UnB). Pesquisador do Laboratório de Inteligência Pública – PILab/UnB.

**JOSÉ CARLOS FRANCISCO**

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**JÚLIA SANTANA SALES**

Pós-Graduação em Direito Civil pela Escola Brasileira de Direito-EBRADI. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas –FDSM e pós-graduanda em Direito da Seguridade Social - Previdenciário - Faculdade LEGALE.

**JULIANA HELENA ALMEIDA MEDEIROS**

Mestranda em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

**LEANDRO PÉTERSON SILVA VITAL**

Bacharel em Administração Pública. Especialista em Gestão Pública e em Direito Administrativo e mestrando em Gestão de Organizações Públicas, pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

**LEONARDO BEZERRA DE ANDRADE**

Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito pela UFRN. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário.

**LILIAN MARA SILVA**

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela UFU. Pós-graduada em Administração Pública pela Universidade federal de Uberlândia.

**LIZIANE ANGELOTTI MEIRA**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo . Mestre e Especialista pela Universidade de Harvard. Professora, Pesquisadora e Coordenadora Adjunta do Mestrado em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

**LORENZO BORGES DE PIETRO**

Mestrando em Direitos Sociais na Universidade Federal de Pelotas - RS. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito na Universidade da Região da Campanha - São Gabriel.

**LUCIANA YEUNG (LUK TAI YEUNG)**

Professora Associada I do Insper. Doutora em Economia pela Escola de Economia de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (EESP-FGV). Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo, mestrado em Economia Aplicada - University of Wisconsin - Madison e em Relações Trabalhistas pela mesma universidade. Membro-fundadora e ex-Presidente (2016) da ABDE, Associação Brasileira de Direito e Economia. Indicada pelo Supremo Tribunal Federal como uma das 100 mulheres mais influentes do Direito Constitucional brasileiro.

**LUÍS CARLOS ZUCATTO**

Doutor, mestre e bacharel em Administração, especialista em Logística e Gestão de Custos. Professor universitário e pesquisador na Universidade Federal de Santa Maria.

**LUIZ FABRÍCIO THAUMATURGO VERGUEIRO**

Pós-doutorando em defesa e segurança hemisférica no Colégio Interamericano de Defesa, em Washington, DC (2022), Pós-doutor em modelagem de sistemas complexos pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (2020), Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2012). Advogado da União na Advocacia-Geral da União.

**MAGDA DE LIMA LÚCIO**

Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Governança e Inovação em Políticas Públicas (UnB). Docente Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional - CEAM/UnB. Líder o Laboratório de Inteligência Pública - PILab.

**MARTIANE JAQUES LA FLOR**

Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil, Graduada em Ciências Contábeis e em Direito.

**MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul-RS - Brasil). Pós-Doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls), Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. E-mail: moniah@unisc.br.

**RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA**

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-Minas.

**RICARDO RAMOS SAMPAIO**

Mestrando pela Universidade de Brasília (UNB). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

# SUMÁRIO

EDITORIAL.....	16
----------------	----

APRESENTAÇÃO.....	19
-------------------	----

## AUTORES CONVIDADOS

Gestão e Governança Pública para o Desenvolvimento - Educação Básica Orientada por Evidências <i>Management and Public Governance for Development - Evidence Oriented Basic Education</i> Jorge Rodrigo Araújo Messias Magda de Lima Lúcio.....	23
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## DOSSIÊ | AED e Pesquisa Empírica Aplicadas ao Poder Público

Regulação de Big Techs no Brasil: Necessidade ou Equívoco? <i>Big Techs Regulation in Brazil: Necessity or Mistake?</i> Amanda Flávio de Oliveira (Autora Convidada).....	47
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Entre a Cultura da Dissuasão e da Persuasão Regulatória está a Participação Social Qualificada: Desafio Maior para o Estado <i>Between the Culture of Dissuasion and Regulatory Persuasion is Qualified Social Participation: A Greatest Challenge for the State</i> Claudine Costa Smolenaars Daniela Regina Pellin.....	61
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Mínimo Social ou Renda Básica Universal para Cidadãos com Deficiência? Reflexões sobre a Distribuição de Justiça em John Rawls, Philippe Van Parijs e Ronald Dworkin <i>Social Minimum or Universal Basic Income for Citizens with Disabilities? Reflections on the Distribution of Justice in John Rawls, Philippe Van Parijs and Ronald Dworkin</i> Anna Caramuru Pessoa Aubert Ana Paula Barbosa-Fohrmann.....	83
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Desenvolvimento de Tecnologias de uso Dual Pela Base Industrial de Defesa como Mecanismo de Desenvolvimento Econômico <i>Development of Dual-use Technologies by the Defense Industrial Base as A Mechanism for Economic Development</i> Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro.....	101
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

A Judicialização da Contratação de Artistas por Inexigibilidade de Licitação à Luz da Análise Econômica do Direito	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

<i>The Judicialization of the Hiring of Artists by Inexigibility of Bidding in Law and Economic's Perspective</i> Felipe Portela Bezerra Fernando Boarato Meneguim.....	127
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

O Regime Particularizado de Atuação como Mecanismo de Eficiência Administrativa na Recuperação de Ativos: Uma Análise Econômica dos Números da Dívida Ativa <i>The Specialized Method Of Organization as a Mechanism of Government Efficiency in the Tax Recovery: An Economic Analysis of Dívida Ativa Numbers</i> Leonardo Bezerra de Andrade André de Souza Dantas Elali.....	157
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Uma Análise Econômica da Regulamentação dos Security tokens no Brasil <i>An Economic Analysis of the Regulation of Security Tokens in Brazil</i> Luciana Yeung (Luk Tai Yeung) Bruno Barreto Mesiano Savastano.....	175
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## ARTIGOS

A ponderação dos Direitos Fundamentais Durante a Pandemia de Covid-19 <i>The Weighting of Fundamental Rights During the Covid-19 Pandemic</i> Ana Maria Muniz dos Santos Rocha Bruno Marques Ribeiro Lilian Mara Silva.....	209
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Requisitos Materiais para o Overruling de Precedentes Obrigatórios no Brasil e o Caso Ramos V. Louisiana <i>Material Requirements to Overrule Binding Precedentes in Brazil and the Case Ramos V. Louisiana</i> Denis Skorkowski José Carlos Francisco.....	233
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

O Direito à Liberdade de Expressão: O Princípio Constitutivo Norteador da Democracia <i>The Right to Freedom of Expression: The Guiding Constitutive Principle of Democracy</i> Júlia Santana Sales Rafael Alem Mello Ferreira .....	255
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Uma Análise do Esquema Sujeito-Objeto na Construção do Conceito de Bem Jurídico-Penal <i>An Analysis of the Arrangement Subject-Object in the Construction of the Concept of Criminal Legal Asset</i> Juliana Helena Almeida Medeiros	
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

*Edson Vieira da Silva Filho* .....273

Novidades da Lei N.º 14.133/2021: Discussões Acerca da Dispensa de  
Licitação Tradicional e Eletrônica

*News From Law N. 14133/2021: Discussions About the Traditional and  
Electronic no-Bid Contract*

*Leandro Pétersen Silva Vital*

*Luís Carlos Zucatto* .....293

O Devedor Contumaz e os Veto Players

*The Stubborn Debtor and the Veto Players*

*Liziane Angelotti Meira*

*Achilles Linhares de Campos Frias*

*Benjamin Miranda Tabak*.....319

Fronteiras da Vida e da Morte: A Dignidade como Premissa

*Borders of Life and Death: Dignity as a Premise*

*Lorenzo Borges de Pietro*

*Martiane Jaques La Flor*.....351

A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental no Sistema  
Jurídico-Constitucional Brasileiro: Desafios à Jurisdição Constitucional

*Freedom of Expression as a Fundamental Right in the Brazilian Legal-  
Constitutional System: Challenges to the Constitutional Jurisdiction*

*Mônia Clarissa Hennig Leal*

*Celso Jerônimo de Souza*.....371

Inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados: A Interpretação do  
Art. 4º, Inciso III E §1º Da LGPD à Luz do Direito Comparado.

*Inapplicability of the General Data Protection Law: The Interpretation of Art. 4,  
§1 Of The LGPD in the Light of Comparative Law.*

*Ricardo Ramos Sampaio* .....397



## EDITORIAL

Prezado leitor,

É com grande satisfação que a Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal anuncia o lançamento de nova edição da Revista da AGU.

Este número é inaugurado por artigo elaborado pelo professor e Advogado-Geral da União Jorge Messias em coautoria com a professora Magda Lúcio, ambos da Universidade de Brasília, que gentilmente aceitaram o convite da Comissão Editorial da Revista da AGU para publicá-lo neste periódico. Em busca de compreender como um ambiente de gestão e governança baseado em evidências empíricas pode contribuir para o aprimoramento da tomada de decisão e das entregas públicas relacionadas à educação básica, os autores analisam dados do Pisa, da OCDE, do Censo do IBGE, da PNAD, do SAEB e as metas de qualidade educacional do INEP, agregados às informações de financiamento da educação. Ao final do trabalho, Jorge Messias e Magda Lúcio propõem diretrizes para a criação de ambientes de governança que sejam capazes de aperfeiçoar as estratégias de gestão e, desse modo, potencializar os recursos disponíveis para elevar a qualidade do serviço prestado à população.

Na sequência, a edição contempla os artigos selecionados para compor o dossiê especial sobre “Análise Econômica do Direito e Pesquisa Empírica Aplicadas ao Poder Público”, cuja apresentação será realizada pelos professores Eugênio Battesini e Amanda Flávio de Oliveira, que são reconhecidas referências sobre o tema e foram responsáveis pela coordenação do dossiê.

O presente número da Revista da AGU é composto, ainda, por outros nove artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua. No primeiro deles, Ana Maria Rocha, Bruno Ribeiro e Lilian Silva analisam a prática da ponderação dos direitos fundamentais durante a pandemia da Covid-19. Considerando, em especial, duas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas antes e durante o contexto da pandemia, os autores salientam que a ponderação entre direitos fundamentais, notadamente entre a liberdade e a saúde coletiva, foi essencial para o combate à Covid-19.

O trabalho de Denis Skorkowski e José Carlos Francisco averigua as condições necessárias para a utilização adequada da técnica de overruling,

compreendida como a superação, modificação, revisão ou cancelamento de precedente obrigatório estabelecido, de modo formal, por instâncias judiciais competentes.

Adotando a obra de Ronald Dworkin como marco teórico, Júlia Sales e Rafael Ferreira desenvolvem a ideia de liberdade de expressão como princípio norteador de outros princípios e da democracia.

A partir de uma leitura histórica do conceito de bem jurídico que resgata as noções desenvolvidas por Feuerbach, Franz Birnbaum, Karl Binding e Franz von Liszt, Juliana Medeiros e Edson da Silva Filho defendem a adoção de um modelo de bem jurídico que seja adequado ao constitucionalismo contemporâneo como condição de legitimidade da intervenção penal.

Leandro Vital e Luís Carlos Zucatto abordam aspectos relevantes relacionados ao tema da dispensa de licitação à luz da Lei n. 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Liziane Meira, Achilles Frias e Benjamin Tabak examinam o Projeto de Lei n. 1.646/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados, que tem por objeto a figura do devedor contumaz e o estabelecimento de medidas para fortalecer a cobrança da dívida ativa.

Em estudo que tem por foco o princípio da dignidade da pessoa humana, Lorenzo de Pietro e Martiane La Flor sustentam que o direito a uma morte digna por meio da eutanásia voluntária ou do suicídio assistido pode constituir uma forma mais adequada de tutelar referido postulado do que uma vida sem autonomia e prolongada artificialmente.

Com o propósito de identificar a posição ocupada pela liberdade de expressão no sistema constitucional brasileiro, Mônia Leal e Celso de Souza constatarem que, por não existir hierarquia ou prevalência *prima facie* entre as normas de direitos fundamentais, somente é possível definir o direito que deverá prevalecer e, portanto, receber a proteção estatal no caso concreto.

Por fim, Ricardo Sampaio avalia o alcance do artigo 4º, inciso III e § 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), que afasta a incidência desse diploma legal em relação ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

A Escola Superior da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico, especialmente aos professores Eugênio Battesini e Amanda Flávio de Oliveira, por sua indispensável colaboração para o dossiê temático, e convida o leitor a apreciar os trabalhos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

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

# APRESENTAÇÃO

## ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PESQUISA EMPÍRICA APLICADAS AO PODER PÚBLICO: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA  
EUGÊNIO BATTESINI

A Escola da Análise Econômica do Direito (AED) já possui uma consistente trajetória, no Brasil e no exterior, sobretudo no que se refere à vasta literatura produzida, tanto em quantidade, quanto em verticalidade. Aqui como alhures, às concepções fundantes da Escola se aliam constantemente novas perspectivas, novos aprofundamentos, novos insights.

O mesmo já não se pode dizer do tema da AED aplicada, ou da pesquisa empírica em temas afetos à coisa pública, especialmente no Brasil: trata-se de espaço ainda carente de reflexões, embora sejam muitos e relevantes os inevitáveis impactos de um tal exercício.

O objetivo desta Edição Especial foi exatamente este: o de estimular a produção em Análise Econômica do Direito e Pesquisa Empírica Aplicadas ao Poder Público, certos do potencial gigantesco que o tema possui no Brasil e de que há excepcionais estudiosos aptos a empreendê-lo.

O resultado final aqui apresentado revela o acerto da escolha: matérias da atualidade são enfrentadas ao longo dos capítulos a partir de um olhar diferenciado em relação ao tradicionalmente realizado no mundo jurídico. As conclusões obtidas apontam caminhos infrequentes embora indiscutivelmente consistentes.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, Amanda Flávio de Oliveira trata de avaliar a real necessidade de uma regulação de big techs no Brasil, sobretudo considerando os movimentos europeus nesse sentido e a iniciativa parlamentar já identificada em âmbito nacional. Analisando as razões jurídico-econômicas que vêm sendo indicadas como fundamentos para essas iniciativas, ela conclui por um possível erro de diagnóstico que esteja sendo cometido pelos estudiosos do tema. Indica, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro já possui o instrumental necessário para o enfrentamento dos problemas que surgem, os quais não se diferenciam muito de situações similares precedentes.

A seu turno, Claudine Costa Smolenaars e Daniela Regina Pellin avaliam a inovação trazida pela nova lei marco das agências reguladoras brasileira, que opta pelo sistema regulatório persuasório ao invés do modelo dissuasório, em que a participação social qualificada constitui papel essencial. Utilizando da abordagem da teoria dos sistemas sociais e de pressupostos de AED, as autoras concluem que o Estado Brasileiro ainda não investe suficientemente na coesão e participação social qualificada nos processos regulatórios.

No capítulo seguinte, as Professoras Anna Caramuru Pessoa Aubert e Ana Paula Barbosa Fohrmann debruçam-se sobre o tema da participação política de pessoas com deficiências. Partindo do critério da distribuição de Justiça, as autoras revisitam John Rawls, Philippe Van Parijs e Ronald Dworkin, para sugerir, ao final, uma leitura inclusiva de suas teses.

Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro debruça-se sobre desenvolvimento e uso de tecnologias passíveis de uso dual, assim por ele identificadas como aquelas aptas ao emprego tanto em aplicações de uso civil, quanto em missões tipicamente militares. Valendo-se da teoria dos sistemas complexos, seu texto indica mecanismos para desenvolvimento dessas tecnologias como ferramenta de fomento da Base Industrial de Defesa, e da economia científico-tecnológica como um todo.

Em abordagem interdisciplinar, Felipe Portela Bezerra e Fernando Boarato Meneguín enfrentam o tema da judicialização da contratação de artistas por meio da inexigibilidade de licitação. Realizam, como estudo de caso, a avaliação de decisões judiciais em dez contratações de artistas por municípios por meio da inexigibilidade de licitação no decorrer do ano de 2022, valendo-se de pressupostos da AED, e identificam respaldos técnicos que a Escola pode oferecer com vistas a um melhor uso de recursos públicos por parte dos municípios.

Leonardo Bezerra de Andrade e André de Souza Dantas Elali propõem-se a realizar uma análise econômica dos números da Dívida Ativa e o fazem a partir das ideias de otimização da gestão pública e respeito ao princípio da eficiência da Administração Pública. O capítulo indica a adequação de uma gestão particularizada na recuperação de ativos, sobretudo quando se identifica um segmento menor e mais endividado de contribuintes, quer pela contumácia, quer pelo grande volume de débitos acumulados.

Luciana Yeung (Luk Tai Yeung) e Bruno Barreto Mesiano Savastano, também em trabalho interdisciplinar, dedicam-se a uma análise econômica da regulamentação dos security tokens no Brasil, realizando um exercício de teoria dos jogos para compreender como deveriam ser regulamentados pela CVM. Seus resultados, que se desdobram em quatro achados, trazem reflexões indispensáveis para os interessados pelo assunto.

A iniciativa, que se comprova exitosa, revela que são variados os campos do espaço público em que se torna possível um olhar do fato jurídico para além do tradicional, e novas soluções surgem desse exercício. Um outro objetivo desta iniciativa consiste em mostrar que isso é possível e que a AED pode oferecer um método valioso também em outros contextos, mesmo que aqui não tenham sido enfrentados.

Por fim, os Apresentadores agradecem a oportunidade gentilmente oferecida a eles pela respeitada Escola Superior da AGU, envidescidos que se sentem com o convite para editar esta obra e parabenizam pelo trabalho sério, consistente e de excelência de todos aqueles envolvidos nesta produção, assim como em todas as outras iniciativas da ESAGU.

Boa leitura!



# GESTÃO E GOVERNANÇA PÚBLICA PARA O DESENVOLVIMENTO - EDUCAÇÃO BÁSICA ORIENTADA POR EVIDÊNCIAS

*MANAGEMENT AND PUBLIC GOVERNANCE  
FOR DEVELOPMENT - EVIDENCE ORIENTED  
BASIC EDUCATION*

*Jorge Rodrigo Araújo Messias<sup>1</sup>  
Magda de Lima Lúcio<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conhecimento e tecnologia: portas de entrada para os direitos sociais. 2. Modelos de gestão e estratégias de governança na educação básica brasileira. 2.1. Estratégias de governança como alicerce para a melhoria do desempenho educacional. Conclusão. Referências.

1 Doutorando em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional (UnB). Pesquisador do Laboratório de Inteligência Pública – PIIab/UnB.

2 Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Governança e Inovação em Políticas Públicas (UnB). Docente Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional - CEAM/UnB. Lidera o Laboratório de Inteligência Pública - PIIab.



**RESUMO:** A partir de dados do Pisa, da OCDE, do Censo do IBGE, da PNAD, do SAEB, e as metas de qualidade educacional do INEP, dentre outros, agregados às informações de financiamento da educação compreendemos como um ambiente de gestão e governança baseado em evidências empíricas pode contribuir para melhorar a tomada de decisão e, por conseguinte, as entregas públicas relacionadas à educação básica. Objetivamente, a partir da premissa de que a educação básica é motor propulsor para um projeto de desenvolvimento baseado em conhecimento e, por conseguinte, em tecnologia, pretende-se compreender e apresentar algumas análises promissoras e diretrizes que permitam a criação e implementação de ambientes de gestão e governança com capacidade de transcender aspectos de conformidade e controle e caminhar em direção a um ambiente em que informações possam se transformar em dados capazes de orientar a tomada de decisão de gestoras e gestores em todo o território nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gestão Pública. Governança. Desenvolvimento. Orientado por Evidências. Tomada de Decisão. Estratégia Nacional.

**ABSTRACT:** Based on data from Pisa, the OECD, the IBGE Census, PNAD, SAEB, and INEP educational quality goals, among others, added to education financing information, we understand how a management and governance environment based on empirical evidence can contribute to improving decision-making and, therefore, public deliveries related to basic education. Objectively, based on the premise that basic education is the driving force behind a knowledge-based development project, it is intended to understand and present some promising analyses and guidelines that allow the creation and implementation of management and governance environments capable of transcending aspects of compliance and control and moving towards an environment in which information can be exchanged. transform into data capable of guiding the decision-making of managers throughout the national territory.

**KEYWORDS:** Public Management. Governance. National Development. Evidence Oriented. Decision Making. National Strategy.

## INTRODUÇÃO

Pela primeira vez o Brasil participou do exame denominado Pirls (Progress in International Reading Literacy Study), com resultados preocupantes. Um dado é particularmente relevante: temos hoje uma amostra das habilidades de leitura em alunos do 4o ano do ensino fundamental. Este exame está corroborado por dados da pesquisa Alfabetiza Brasil realizada pelo Ministério da Educação, divulgada em 31 de maio de 2023, nela pode-se constatar que apenas quatro em dez crianças no 2º ano do ensino fundamental estavam alfabetizadas no país em 2021 (INEP, 2023).

Estas informações inéditas são importantes insumos para a criação de ambientes de governança capazes de aprimorar as estratégias de gestão, e com isso potencializar os recursos disponíveis para melhorar a qualidade do serviço prestado à população, considerando as especificidades de estados e municípios, sob o ponto de vista pedagógico e administrativo.

Neste artigo pretendemos explorar tanto esse resultado e dados do Pisa, da OCDE, do Censo do IBGE, da PNAD, do SAEB, e as metas de qualidade educacional do INEP, dentre outros, agregando informações de financiamento da educação para compreender como um ambiente de gestão e governança baseado em evidências empíricas pode contribuir para melhorar a tomada de decisão e, por conseguinte, as entregas públicas relacionadas à educação básica. Objetivamente, a partir da premissa de que a educação básica é motor propulsor para um projeto de desenvolvimento baseado em conhecimento e, por conseguinte, em tecnologia, pretende-se compreender e apresentar algumas análises promissoras no que tange à criação e implementação de ambientes de gestão e governança com capacidade de transcender os aspectos de conformidade e controle e caminhar em direção a um ambiente em que informações possam se transformar em dados capazes de orientar a tomada de decisão de gestoras e gestores em todo o território nacional.

O modelo metodológico configurado para a elaboração deste artigo inclui a revisão sistemática da bibliografia que trata do desenvolvimento para além do debate econômico, gestão e governança pública baseada em evidências, análise de modelos de gestão e estratégias de governança aplicadas à educação básica, além de visita criteriosa a resultados de pesquisas nacionais e internacionais sobre a educação básica, correlacionando-os como contundentes comprovações da relação objetiva entre governança baseada em evidências e aumento da qualidade nas entregas públicas.

Os dados extraídos por meio da estratégia bibliométrica permitem identificar correlações que podem fundamentar o direcionamento para a adoção de modelos de gestão e governança pública baseados em evidências, para que gestores da educação básica possam atuar de modo confiável,

tomando decisões a partir de ambientes criados especificamente para a tomada de decisão.

Importante notar que houve nos últimos anos uma mudança significativa na publicização de dados por parte de governos, em particular aqueles voltados para a prestação de contas e controle interno, externo e social. No entanto não houve ainda igual movimento na criação de ambientes que tragam dados e informações necessárias à tomada de decisão. A disposição e propósito da disponibilização das informações diferem conforme a finalidade. Sob nosso ponto de vista conceitual e analítico é necessário que se constituam ambientes integrados, informatizados e atualizados para a tomada de decisão de gestores em todos os níveis da federação. Dessa forma propomos a criação de repositórios de dados e painéis integrados, com o intuito de dar celeridade e construir uma curva de aprendizagem capaz de utilizar séries históricas e informações censitárias, para orientar e embasar a tomada de decisão. Desta metodologia foram extraídas categorias de análise para compor o presente artigo, utilizadas para compreender os sentidos e usos da governança baseada em evidências na gestão pública da educação básica.

## **1. CONHECIMENTO E TECNOLOGIA: PORTAS DE ENTRADA PARA OS DIREITOS SOCIAIS**

O progresso tecnológico possui uma condição singular para o aprimoramento da qualidade de vida da população. Entretanto, a Quarta Revolução Tecnológica também apresenta riscos da perda de visão coletiva e da solidariedade (GADELHA, 2021). Como alerta esse autor, o contexto social e econômico do uso da ciência, tecnologia e a inovação não são neutros. A direção da inovação é dada pelos diferentes setores que formam a sociedade, resultando tanto em benefícios como eventuais riscos de aumento da fragmentação, da exclusão e da desigualdade, considerando o padrão do progresso técnico e de seu uso para implementação de projetos de desenvolvimento inclusivo e sustentável.

Com efeito, é preciso reconhecer, como alerta Belluzzo (2014), que o progresso tecnológico tem potencial expressivo para melhorar a qualidade de vida da população em geral. A digitalização e conectividade entre pessoas e coisas, inteligência artificial, uso de grande base de dados (big data), nanotecnologia, economia digital, neurociência, novas formas de geração e distribuição de energia, vida nas cidades e nos territórios, novos materiais, e todo um conjunto de inovações, representam um enorme potencial para revolucionar as bases técnicas do capitalismo, sem que haja uma apropriação social dos ganhos de produtividade (DIXSON-DECLEVE, 2022).

Para que a tecnologia tenha um impacto significativo no desenvolvimento, e traga melhorias sociais significativas, é imprescindível

um contingente populacional com boa formação, que mobilize habilidades e competências, capazes de operações mentais complexas e sofisticadas, e assim contribuir para formulação e implementação de estratégias de desenvolvimento capazes de mudar o padrão de desenvolvimento nacional, ou seja, de um país agrário e exportador de commodities, para uma nação capaz de agregar valor à sua produção por meio da incorporação de conhecimento em produtos e serviços. Resumidamente, este é o grande desafio nacional, de oportunizar a criação de novos negócios e de empreendimentos baseados em conhecimento e tecnologia, que sejam sustentáveis e com cadeia produtiva mais alongada, e portanto, mais complexa.

Com a corrosão do Estado Social pelas forças econômicas, o modelo liberal de Estado, dirigido por um discurso único, com suporte na visão neoliberal hegemônica, passa a minimizar a desigualdade social e seus efeitos, bem como a subordinar as decisões do Estado aos mecanismos de mercado, em detrimento da solidariedade (FABRIZ; TEIXEIRA, 2017). A respeito do tema afirma Paulani:

[...] o neoliberalismo acaba por exigir uma profissão de fé nas virtudes do capitalismo e da livre concorrência, não mais por uma questão de opção ideológica, em obediência a uma dada visão de mundo, mas por uma questão de respeito às coisas tais como elas são [...] exige rendição incondicional [...] não dar lugar ao dissenso. (PAULANI, 2005, p. 114).

A partir desta breve contextualização, identifica-se, assim, uma relação endógena entre a dimensão social e econômica do desenvolvimento, não se vislumbrando a existência do mundo econômico como um sistema isolado da sociedade e da política (BELUZZO, 2014; GADELHA, 2021; SANTOS, 2018).

Para construção de uma sociedade equânime, comprometida com os direitos sociais e a vida, que promova uma base produtiva, tecnológica e de inovação que lhe dê sustentação, demanda-se a construção de uma capacidade política que oriente um novo padrão de desenvolvimento para superação das necessidades sociais e da enorme dependência tecnológica externa. Nessa linha de pensamento, cabe resgatar Polanyi (2012) quando considera que interesses sociais, e não os econômicos, dos mais diferentes segmentos da sociedade quando se viram ameaçados pelo mercado, independente de seus extratos econômicos, inconscientemente, conjugaram para conjurar o perigo, por meio da atuação pujante do estado. É com esse entendimento que se reclama a relevância de uma intervenção pública estruturante, que seja sistêmica e ao mesmo tempo eficaz e eficiente, que se aproprie das oportunidades geradas por novos paradigmas tecnológicos para promover a sustentabilidade dos sistemas de bem-estar, como recurso de superação dos desafios históricos do subdesenvolvimento.

Para tanto, é necessário pôr em marcha uma estratégia que recupere as capacidades de coordenação, integração, articulação e planejamento do Estado, com vistas à mudança do nosso atual estilo de desenvolvimento. Segundo Aníbal Pinto, estilo de desenvolvimento é: “a maneira pela qual, dentro de um determinado sistema, se organizam e se alocam os recursos humanos e materiais com o objetivo de resolver as interrogações sobre o que, para quem e como produzir bens e serviços” (PINTO, 2008). A crescente desigualdade evidencia a insustentabilidade social do atual estilo de desenvolvimento no país. De acordo com a pesquisa Bem-Estar Trabalhista, Felicidade e Pandemia, do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV Social), no Brasil, em 2020, a desigualdade, medida pelo chamado índice de Gini, atingiu o patamar mais alto, batendo também o recorde de toda a série histórica no primeiro trimestre de 2021 (NERI, 2021).

Torna-se assim imprescindível considerar novos modelos para o desenvolvimento, e em particular, aqueles que não neguem o papel central que o Estado possui diante da ampliação da complexidade dos desafios postos na atualidade (MAZUCATTO, 2015) como propulsor de um progresso civilizatório no país, de desenvolvimento baseado na sustentabilidade econômica, social e ambiental. No entanto, isso não será possível sem que o Estado brasileiro assegure o cumprimento de sua obrigação constitucional em oferecer educação com qualidade para sua população, que observe a igualdade de condições tanto para o acesso quanto para a permanência na escola, considerando o papel fundante que a educação tem para superação da histórica desigualdade social no Brasil.

Os desafios impostos ao Brasil para o cumprimento dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal são inúmeros. Nesse percurso, restou identificada a correlação entre desigualdades sociais, ineficiência e a educação. Desse modo, a concepção de projetos de desenvolvimento que superem as desigualdades históricas, e sejam promotores de inovações e de desenvolvimento tecnológico, deve colocar em evidência a imperiosa necessidade desse Estado proporcionar à população os meios de acesso à educação, nos termos do art. 23 da Constituição Federal.

A redução das desigualdades no acesso à educação e a queda nas taxas de analfabetismo significam que os jovens que entram no mercado de trabalho possuem uma formação muito superior do que nas gerações anteriores. Em que pese ter ocorrido avanço nas taxas de matrícula em todos os níveis de ensino, nos últimos anos o crescimento econômico e o avanço social estagnaram e, em alguns casos, retrocederam (OCDE, 2021).

Assim, o a sociedade brasileira segue detentora de uma dívida histórica com parte significativa de sua população no quesito educação. Atualmente, segundo a Pnad Contínua Educação, pesquisa realizada pelo IBGE em 2018 (TOKARNIA, 2020), 6,6% da população brasileira é analfabeta. Apesar de

uma leve redução na última PNAD continua divulgada pelo instituto, são mais de 11 milhões de brasileiros analfabetos. São pessoas de 15 anos ou mais que, pelos critérios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), não são capazes de ler e escrever nem ao menos um bilhete simples.

Ademais, o levantamento mostrou que existem desigualdades raciais e regionais na alfabetização no Brasil. Em relação aos brancos, a taxa de analfabetismo é 3,6% entre aqueles com 15 anos ou mais. No que se refere à população preta e parda, segundo os critérios do IBGE, essa taxa é 8,9%. As regiões Sul e Sudeste têm as menores taxa de analfabetismo, 3,3% entre os que têm 15 anos ou mais. Na Região Centro-Oeste a taxa é 4,9% e na Região Norte, 7,6%. O Nordeste tem o maior percentual de analfabetos, 13,9% e foi a única região a apresentar leve aumento da taxa de analfabetismo entre 2018 e 2019. Entre os mais jovens, a taxa praticamente se manteve, variando 0,03 ponto percentual. Entre os mais velhos, a variação foi de 0,33 ponto percentual.

A Pnad Contínua Educação também mostra que, em média, o brasileiro ao longo de sua vida estuda 9,4 anos. O dado é coletado entre as pessoas com 25 anos ou mais. Esse número aumentou em relação a 2018, quando, em média, o tempo de estudo no Brasil era de 9,3 anos, e 8,9 em 2016. O IBGE pondera que, apesar dos avanços, mais da metade, a saber 51,2% da população de 25 anos ou mais, não completaram a educação escolar básica. Como visto, esse gargalo representa um grande desafio para a promoção do desenvolvimento econômico, social e ambiental. Sem o enfrentamento desses problemas, ficam interditados os caminhos para uma transformação e construção de um novo horizonte do desenvolvimento nacional. A solução dos gargalos educacionais deve ser encarada como elemento central da agenda civilizatória do país.

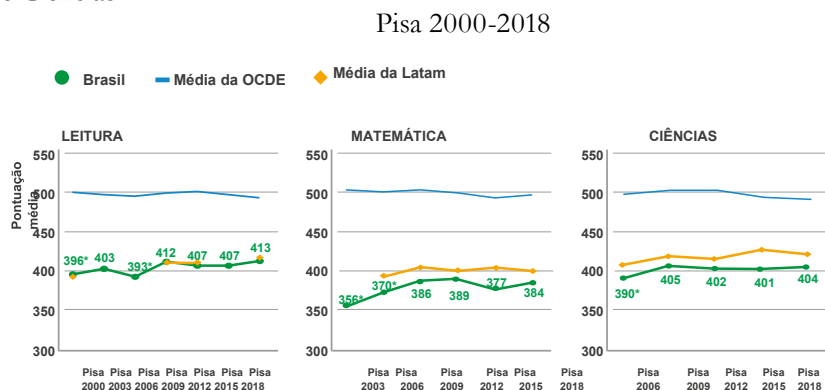
Nas últimas décadas, o Brasil aumentou o acesso à educação para crianças e jovens, diminuindo a diferença com os países de alto desempenho, ao menos em alguns aspectos. Entretanto os avanços não foram suficientes pois o nível de escolaridade e a taxa de acesso ainda estão muito abaixo da média da OCDE. Além disso, os indivíduos mais vulneráveis enfrentam barreiras tanto de acesso como de permanência e sucesso no sistema educacional. Assim, os níveis de escolaridade e o atendimento na Educação variam significativamente na população brasileira, conforme evidenciado na última Pnad Contínua Educação. Embora a situação socioeconômica e as diferenças regionais sejam fatores que influenciam em todos os sistemas, seus impactos são mais fortes no Brasil do que em muitos países comparáveis.

Além disso, o sistema educacional brasileiro não oferece igualdade de condições para todas as crianças e jovens, considerando as desigualdades regionais e raciais reveladas pela última Pnad Contínua Educação. A situação social e econômica dos alunos, inclusive a raça, tem um impacto significativo

nos resultados de aprendizagem. Os alunos de origens mais pobres não têm as mesmas oportunidades que seus colegas em melhor situação, e tendem a frequentar escolas de qualidade inferior. Isso prejudica suas oportunidades na vida, medidas por sua inserção no mercado de trabalho e rendimentos, refletindo e agravando as desigualdades no País.

Em que pese as evidências do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) da OCDE mostrarem que houve crescimento do atendimento educacional no Brasil, com algumas melhorias nos resultados de aprendizagem, o desempenho dos alunos ainda continua significativamente inferior à média da OCDE e de países comparáveis, conforme Figura 1.

Figura 1 - Tendências no desempenho no Pisa em Leitura, Matemática e Ciências



Fonte: OCDE (2019).

O cenário em relação às avaliações nacionais também merece atenção, como se poderá constatar a partir de uma análise nos indicadores recentes da educação básica, conforme dados do Ideb, divulgados pelo Instituto Anísio Teixeira de Pesquisas Educacionais – INEP (Ver Quadros 1, 2 e 3). O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) é um indicador criado pelo governo federal, em 2007, para medir a qualidade do ensino nas escolas públicas. No último Ideb, realizado em 2019, o valor para todo o país foi 5,7 para os anos iniciais, 4,6 para os anos finais e 3,9 no Ensino Médio da educação pública. O Ideb reúne, em um só indicador, os resultados de dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: o fluxo escolar e as médias de desempenho nas avaliações. O Ideb é calculado a partir dos dados sobre aprovação escolar obtidos no Censo Escolar, e das médias de desempenho no Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) (INEP, 2021).

Quadro 1 - Anos iniciais do ensino fundamental

	IDEB Observado								Metas							
	2005	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2021
Total	3.8	4.2	4.6	5.0	5.2	5.5	5.8	5.9	3.9	4.2	4.6	4.9	5.2	5.5	5.7	6.0
Dependência Administrativa																
Estadual	3.9	4.3	4.9	5.1	5.4	5.8	6.0	6.1	4.0	4.3	4.7	5.0	5.3	5.6	5.9	6.1
Municipal	3.4	4.0	4.4	4.7	4.9	5.3	5.6	5.7	3.5	3.8	4.2	4.5	4.8	5.1	5.4	5.7
Privada	5.9	6.0	6.4	6.5	6.7	6.8	7.1	7.1	6.0	6.3	6.6	6.8	7.0	7.2	7.4	7.5
Pública	3.6	4.0	4.4	4.7	4.9	5.3	5.5	5.7	3.6	4.0	4.4	4.7	5.0	5.2	5.5	5.8

Fonte: INEP: Saeb e Censo Escolar.

Quadro 2 - Anos finais do ensino fundamental

	IDEB Observado								Metas							
	2005	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2021
Total	3.5	3.8	4.0	4.1	4.2	4.5	4.7	4.9	3.5	3.7	3.9	4.4	4.7	5.0	5.2	5.5
Dependência Administrativa																
Estadual	3.3	3.6	3.8	3.9	4.0	4.2	4.5	4.7	3.3	3.5	3.8	4.2	4.5	4.8	5.1	5.3
Municipal	3.1	3.4	3.6	3.8	3.8	4.1	4.3	4.5	3.1	3.3	3.5	3.9	4.3	4.6	4.9	5.1
Privada	5.8	5.8	5.9	6.0	5.9	6.1	6.4	6.4	5.8	6.0	6.2	6.5	6.8	7.0	7.1	7.3
Pública	3.2	3.5	3.7	3.9	4.0	4.2	4.4	4.6	3.3	3.4	3.7	4.1	4.5	4.7	5.0	5.2

Fonte: INEP: Saeb e Censo Escolar.



Quadro 3 - Ensino médio

	IDEB Observado								Metas							
	2005	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2021
Total	3.4	3.5	3.6	3.7	3.7	3.7	3.8	4.2	3.4	3.5	3.7	3.9	4.3	4.7	5.0	5.2
Dependência Administrativa																
Estadual	3.0	3.2	3.4	3.4	3.4	3.5	3.5	3.9	3.1	3.2	3.3	3.6	3.9	4.4	4.6	4.9
Privada	5.6	5.6	5.6	5.7	5.4	5.3	5.8	6.0	5.6	5.7	5.8	6.0	6.3	6.7	6.8	7.0
Pública	3.1	3.2	3.4	3.4	3.4	3.5	3.5	3.9	3.1	3.2	3.4	3.6	4.0	4.4	4.7	4.9

Fonte: INEP: Saeb e Censo Escolar.

O governo brasileiro despende uma parte significativa da renda nacional com a Educação. Em 2017 os gastos públicos com instituições de ensino representaram 5,1% do Produto Interno Bruto (PIB) do País, em comparação com 4,3% nos países da América Latina e 4,0% nos países da OCDE. Apesar dos aumentos nos gastos com Educação ao longo dos anos, o Brasil obteve apenas melhorias discretas nas avaliações nacionais e internacionais. Para sustentar e acelerar seu progresso no ensino e aprendizagem, o País precisará assegurar, como patamar inferior, os níveis atuais de recursos educacionais, especialmente em razão das restrições fiscais impostas pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que estabeleceu o teto de gastos no orçamento da União, e limitando o crescimento das despesas do governo brasileiro durante 20 anos.

No Brasil, os Municípios são os principais responsáveis pelo financiamento e gestão do Ensino Infantil e Fundamental enquanto os Estados são responsáveis pelo Ensino Médio. O Governo Federal é o principal responsável pelo financiamento e gestão do Ensino Pós-secundário e Superior. A Constituição Federal Brasileira exige que Estados e Municípios destinem ao menos um quarto de suas receitas tributárias e transferências da União para a “manutenção e desenvolvimento da Educação”, inclusive

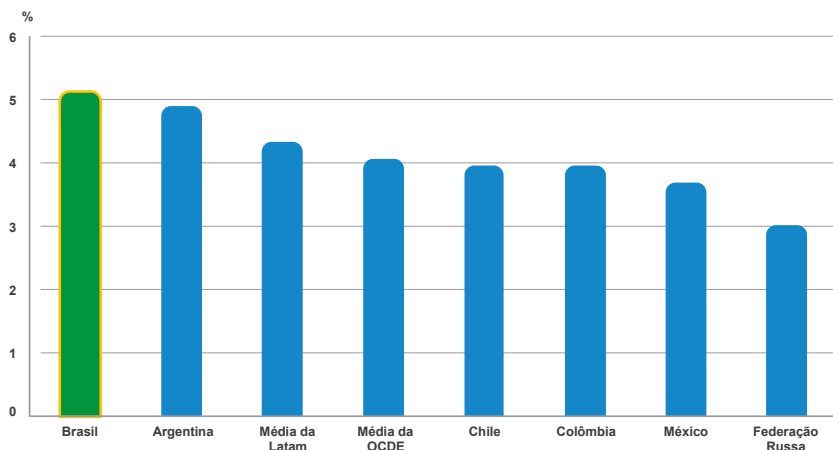
salários de professores, instalações prediais e equipamentos escolares (BRASIL, 1995). Atualmente, o cálculo do piso para educação para a União é baseado nos valores investidos em 2017, corrigidos pela inflação. Para 2021, foram estimados valores de R\$ 55,6 bilhões para educação de acordo com cálculos da Consultoria de Orçamento da Câmara dos Deputados. Para educação, estados e municípios precisam investir 25% da receita (BRASIL, 2021).

As desigualdades nos gastos foram reduzidas significativamente desde a introdução do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o Fundef, que foi posteriormente substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, o Fundeb (BRASIL, 2023). Sendo o principal mecanismo de financiamento da Educação Básica (Ensino Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), o Fundeb exige que cada Estado e Município contribua com 20% da receita que recebem de determinados impostos, contribuições e transferências para um Fundo de Educação no âmbito de cada Estado. O Governo Federal então complementa esse fundo para os Estados que não atingiram o nível nacional mínimo estabelecido de financiamento por aluno (limite nacional calculado anualmente pela União).

Esse mecanismo de financiamento e redistribuição permite que Estados e municípios mais ricos continuem gastando mais do que o limite mínimo em suas redes de ensino, ao mesmo tempo em que fornece um apoio financeiro importante às redes de regiões mais pobres que, não fosse por esse sistema, teriam recursos mais limitados. Estimativas sugerem que, em mais de nove entre dez municípios brasileiros, os recursos do Fundeb representaram mais da metade do valor total investido em Educação. As mudanças no Fundeb, trazidas pela Emenda Constitucional nº 108/2020, devem reduzir ainda mais as disparidades regionais e oferecer maior apoio aos Estados e aos Municípios mais pobres (TODOS PELA... 2019).

Ainda sob a ótica orçamentária, é relevante registrar que O Plano Nacional de Educação (PNE) inclui a meta de que o investimento do governo na Educação Pública atinja 10% do PIB até 2024. Conforme mencionado anteriormente, a Constituição Federal determina níveis mínimos de gastos com Educação por parte dos Estados e Municípios. Até 2017, o Governo Federal também era obrigado a investir um mínimo de 18% de sua renda em Educação. Embora esses tipos de metas e exigências financeiras tenham ajudado a aumentar os níveis de investimento na Educação e em outros setores sociais, o foco do País nas metas de gastos, independentemente do que eles devem proporcionar em termos de resultados de aprendizagem, pode estar contribuindo para uma ineficiência da utilização dos recursos (OCDE, 2021).

Figura 2 - Gastos do governo com instituições educacionais (do Ensino fundamental ao Ensino superior), como porcentagem do PIB - 2017



Fonte: OCDE (2022)

Ainda conforme os dados da OCDE, a alocação dos gastos públicos, no Brasil, em diferentes níveis de ensino, é semelhante a outros países (Vide Figura 2). A maior parcela das despesas vai para os Anos Iniciais e Anos Finais do Ensino Fundamental, os dois maiores setores do sistema educacional. Os dados nacionais revelam que, entre 2000 e 2015, os gastos em todos os setores da Educação cresceram, mas o crescimento concentrou-se no Ensino Infantil (de 0,4% para 0,7% do PIB), Ensino Médio (0,6% para 1,1%) e Ensino Superior (0,9% para 1,3%). Essas tendências de gastos refletem as prioridades da época e o aumento das matrículas nesses níveis de ensino. No entanto, existe um amplo espaço para utilizar os recursos de forma mais equitativa e eficaz.

## 2. MODELOS DE GESTÃO E ESTRATÉGIAS DE GOVERNANÇA NA EDUCAÇÃO BÁSICA BRASILEIRA

Apesar dos aumentos nos gastos com Educação ao longo dos anos, o Brasil tem apresentado apenas avanços limitados nas avaliações nacionais e internacionais como discutido mais acima. Estes resultados apontam para a necessidade de se perseguir maneiras de aprimorar o uso de recursos já alocados no orçamento fiscal do Estado obtendo melhores resultados. A esse respeito, a OCDE (2021) sugere, dentre outros pontos, o uso de políticas com o intuito de introduzir maior responsabilização pelos resultados e o

uso de evidências para subsidiar as discussões sobre escolhas que devem ser feitas, como por exemplo, financiar turmas menores versus a formação de professores ou recursos digitais/de aprendizagem, levar a uma maior eficiência dos investimentos em Educação (OCDE, 2021).

No contexto pós redemocratização, a educação brasileira tem sido objeto de diversos movimentos reformistas. São mudanças efetivadas ao longo das últimas três décadas em direção a uma maior expansão do ensino, considerando os níveis de educação obrigatórios; a busca de uma maior qualidade da oferta, tendo em vista a modificação das diretrizes curriculares, o Plano Nacional de Educação - PNE, e a implantação da Base Nacional Curricular Comum; e a implementação de novos arranjos de financiamento para dar suporte a esses objetivos, com o FUNDEF e o FUNDEB. Nesse sentido, também é importante compreender a complexidade da governança do sistema educacional existente no país.

Como se sabe, o Brasil tem um sistema federativo de governo em três esferas: o Governo Federal, as unidades da federação e os entes federativos (26 Estados e o Distrito Federal) e 5.570 Municípios. A responsabilidade pela Educação é compartilhada entre as três, com os Municípios responsáveis diretamente pelo atendimento, principalmente, do Ensino Infantil e dos Anos Iniciais aos Anos Finais do Ensino Fundamental. Os Estados têm responsabilidade pela ofertados Anos Finais do Ensino Fundamental, de modo compartilhado com os municípios, e o Ensino Médio. O Governo Federal é o principal responsável pelo Ensino Superior. No sistema educacional descentralizado do País, a União, os Estados e os Municípios possuem autonomia, o que significa que os governos locais não estão subordinados às demais esferas de gestão.

Com essa complexa rede de atores, se sobrepõe a preocupação com a necessidade de controle dos recursos aplicados e dos resultados obtidos, conforme os diferentes níveis de Educação e seus responsáveis. Evidências nacionais e internacionais mostram que a má gestão dos gastos públicos com educação prejudica a qualidade do ensino e da aprendizagem.

## **2.1. Estratégias de governança como alicerce para a melhoria do desempenho educacional**

Aprimorar os padrões de ensino e seus resultados é uma missão constitucional do Estado brasileiro. Com demandas sociais em alta, novos atores entrando na cena e uma grande pressão para a ampliação dos serviços públicos, por um lado, e por outro, uma disputa crescente pelos recursos públicos pelos mercados financeiros, seja pela desobrigação e encurtamento da oferta de serviços, seja pelo monopólio de grande parte do PIB para pagamento de juros, temos a tônica das disputas atuais.

A governança pública tem sido considerada como um modelo relevante para cumprimento desse papel, conforme Lúcio e Dantas (2018), porém, como alertado por Bevir (2011), a partir da década de 1990 a palavra governança se transformou numa ubiquidade. Assim, ao nos referirmos à governança tratamos da constituição de ambientes capazes de integrar, coordenar e articular estruturas internas ao aparelho estatal, capazes de enfrentar gargalos persistentes que têm dificultado sobremaneira a potencialização de entregas públicas na educação básica e áreas correlatas, como saúde, transporte, infraestrutura e segurança pública, para citarmos aqueles que têm intersecção direta com as escolas.

Diante deste cenário de disputa pelo conceito e a polissemia que circunda o termo, sob o ponto de vista metodológico o definimos “como capacidade de articular interna e externamente, coordenar e decidir sobre a utilização de recursos materiais e humanos para realização de direitos na forma de serviços, sempre considerando a melhoria da qualidade do serviço ofertado” Lúcio e Dantas (2018), pois se pretende dar dinamicidade a este quadro analítico, uma vez que ao se tratar de constituição de estratégias de gestão que demandem celeridade e integridade nas entregas setoriais e com isso, constituir ambientes de intersecção e potencialmente ampliar os efeitos de um setor sobre outro.

Enfatiza-se também, em conformidade com os autores citados ao se tratar de governança estamos nos referindo a ambientes e situações em que impera uma pluralidade de problemas, bem como a um conjunto multivariado de atores envolvidos no processo, seja como usuários, gestores, órgãos de controle interno e externo, prestadores de serviços e outros.

Para que haja rebatimento direto nas estruturas de gestão ao se criar ambientes de governança estamos diretamente tratando de complexidade e multiatorialidade interna e externamente ao aparelho estatal, bem como a relação destes com a sociedade e setor produtivo, portanto novas reflexões são requeridas e novos ambientes necessitam ser concebidos e implementados para orientar a tomada de decisão neste novo século.

Para Jessop (2011) a governança pode ser considerada um ambiente passível de se modificar a compreensão sobre o papel que o Estado desempenha na atualidade. As reformas administrativas perseguidas durante os anos de ouro do neoliberalismo e em particular no Brasil na década de 1990, cumpriam uma determinação de organismos internacionais direcionados para o encurtamento do papel do Estado e a implantação da livre concorrência, sem uma mediação suficiente para garantir aos mais desassistidos estratégias adequadas para o ingresso no mundo dos direitos sociais.

Portanto, evoluímos em nossas pesquisas e reflexões acerca da concepção e do papel que o termo governança adquiriu nas duas últimas décadas, e entendemos que o ambiente polissêmico já verificado anteriormente

se transformou, sob o nosso enfoque analítico, como um espaço flexível para a construção de sofisticados ambientes de tomada de decisão, operacionalizados a partir da criação de grandes bancos de dados, especificamente constituídos para permitir a tomada de decisão em espaços construídos com e para os gestores.

Nos últimos anos, o desenvolvimento de portais abertos como forma de prestação de contas (accountability), bem como construção de ambientes de compartilhamento de informações, têm sido uma constante. Porém, ainda não há semelhante esforço em construção de ambientes em que se tenha informações e dados com capacidade de orientar a melhor forma de alocação de recursos, bem como acompanhá-los, e, certamente, ter uma linha temporal sob a qual possam se construir análises, modelos e orientações para a tomada de decisão em todos os níveis.

Como dito acima, a atenção se volta para o cumprimento da publicidade e transparência, princípios da administração pública. Assim sendo, se trata de prestação de contas e não de um espaço para a construção de estratégias de gestão, não um instrumento de gestão, mas sim de um instrumento de prestação de contas, em princípio, para todo e qualquer cidadão.

Notadamente, o Sistema de Informações Orçamentárias Educacionais – SIOPE é um sistema de coleta, processamento e divulgação de informações sobre os orçamentos educacionais dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com o objetivo de dar “transparência” aos investimentos em educação. A cada dois meses, os gestores estaduais e municipais são obrigados a registrar o valor gasto com educação no SIOPE por meio de relatórios agregados. Assim, ao final de cada ano, o sistema calcula quanto cada localidade realmente investiu na manutenção e desenvolvimento da educação.

Sob este aspecto os gestores cumprem um requisito legal, porém, não há um produto subjacente, que a nosso ver seria a criação de um ambiente de governança capaz de orientar a tomada de decisão. Cabe então a questão de como um mesmo esforço poderia ser utilizado para a criação de uma capacidade de gestão, qual seja, como este esforço poderia criar uma curva de aprendizagem dentro da instituição, a secretaria municipal ou estadual de educação, e por que não dizer, na própria estrutura da Secretaria de Educação Básica, no MEC e no próprio FUNDEB.

Portanto, apontamos alguns espaços estratégicos ainda não explorados como possibilidades para a melhoria do desempenho da educação básica, sob o ponto de vista da gestão e da governança:

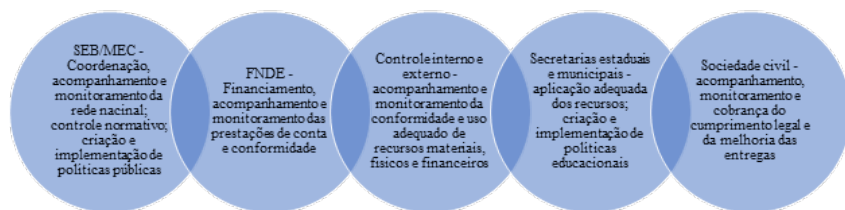
1. Depreender dos esforços empreendidos para fornecimento das informações financeiro-contábeis para portais abertos, aspectos relevantes para a tomada de decisão e aprimoramento dos fluxos e processos para melhoria das entregas públicas no setor educacional;

2. Compreender a governança como um ambiente flexível para criação de estratégias que fomentem a melhoria da qualidade da decisão, a partir de dados confiáveis e recentes.

Elevar os indicadores de desenvolvimento educacional é meta estabelecida no Plano Nacional de Educação – PNE 2014/2024 e é nessa direção que as decisões governamentais devem estar alinhadas, com as pretensões definidas. Nenhum país alcança níveis elevados de desenvolvimento socioeconômico com educação de baixa qualidade, o que faz com que tomada de decisão na gestão da educação seja fundamental e imprescindível para a qualidade das entregas públicas.

Conforme evidenciado, a educação pública brasileira tem sido abordada, no âmbito nacional, com foco em três grandes dimensões: i) dimensão pedagógica; ii) dimensão orçamentária, que cuida do financiamento do sistema educacional; e iii) dimensão de controle dos recursos empregados. Entretanto, é preciso que sejam colocadas luzes em uma questão central: a possibilidade de a gestão e governança pública serem a base de um novo paradigma na administração pública, tendo como propósito articular, coordenar e integrar todas as três dimensões antes referidas, de modo a direcionar positivamente a trajetória das entregas públicas da educação básica, a partir de um modelo que viabilize uma ação estratégica, sistêmica e transformadora da educação, em favor da promoção de um novo estado desenvolvimentista no Brasil, fundamentado em integração, coordenação e articulação de estruturas e atores já existentes, fortalecendo-os a partir de informações e dados de excelência, conforme Figura 4.

Figura 4 - Estratégias de governança - integração, coordenação e articulação de atores e estruturas



Fonte: Elaborado pelos autores.

Diante da essencialidade da educação para o desenvolvimento, o foco na tomada de decisão na gestão da educação básica conduz ao interesse, em investigar a implementação de um modelo de gestão e governança pública baseada em evidências na educação básica para compreender como

a constituição e implementação desse modelo podem contribuir para a efetividade da gestão e da governança pública na educação básica de municípios brasileiros.

A educação não será capaz de realizar a transformação de forma isolada, porém tem um papel central na organização e na constituição de sentidos compartilhados, base para concepção de novas trajetórias que persigam novos modelos de desenvolvimento, preservando o Estado como ator chave, uma vez que este, por meio da Constituição Federal é o guardião dos direitos e do pacto social que rege a todos.

## **CONCLUSÃO**

Ambientes de governança são capazes de enfrentar os desequilíbrios institucionais de um modelo socioeconômico que traz consigo superexploração do meio ambiente e tem a desigualdade como regra, portanto, propomos a integração, coordenação e articulação de bancos e bases de dados, criação de painéis integrados que possam processar informações de alta qualidade e atualizadas como ação estratégica para criação de novos espaços de análise e compreensão da complexa realidade atual e com isso, criar proposições diretas de intervenção que dialoguem com esta complexidade.

A criação destes ambientes dará outra envergadura para as estratégias de gestão, no que tange à educação básica brasileira. Com estes ambientes em implementação será possível gerar mobilização e engajamento construtivo de diferentes atores sociais, políticos e econômicos abrindo a possibilidade de priorizar diferentes estratégias transformadoras.

Diante destas análises propomos algumas diretrizes para estes ambientes inaugurais:

- a. Levantamento detalhado das bases de dados financeira-contábeis apontando os maiores gastos e o modo de dispêndio ao longo dos anos, com o fito de criar séries históricas.
- b. Levantamento detalhado das bases de dados educacionais nacionais e internacionais para identificar o desempenho estudantil e performance docente em todos os anos da educação básica;
- c. Constituição de ambiente de governança com capacidade de dar condições para que os gestores revigorem a capacidade de planejamento de médio e longo prazo do Estado brasileiro, no seu nível de atuação, seja município, estado ou união. Estes painéis de dados buscam alicerçar análises situacionais, dinâmicas, que embasarão projeções



de futuro e direcionarão e coordenarão a multiplicidade de atores envolvidos nas estratégias de desenvolvimento do país.

d. Identificação das estratégias utilizadas por estados e municípios para monitorar e acompanhar as políticas e os respectivos modelos de financiamento;

e. Concepção e implementação de ambientes de governança capazes de coordenar bancos e bases de dados, integrá-los e coordená-los sob o ponto de vista da tomada de decisão.

f. Criação e implementação de estratégias de gestão vinculadas às entregas públicas evitando sobreposições e sobreamento de procedimentos administrativos, focando de modo simultâneo na conformidade e celeridade das entregas. Entregar com qualidade e conformidade, sem, contudo, deixar de lado a celeridade.

E por fim, é importante dizer que o ambiente teórico nacional e internacional mobilizado neste artigo traz novos olhares e em particular vincula três elementos inseparáveis, sob nosso ponto de vista analítico, quais sejam, projetos de desenvolvimento pujantes e condizentes com tempos atuais, estratégias de gestão que deem suporte a estes projetos e ambientes de governança que sejam capazes de integrar, coordenar e articular sistemas complexos para comunicar de modo claro, conciso e dinâmico.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rayanne Cristina Oliveira da Silva; SIENA, Osmar; SILVA, Rosália Maria Passos de; CARVALHO, Erasmo Moreira de. Tomada de decisão na administração pública: uma revisão sistemática. *Revista Eletrônica de Administração*, Franca, v. 18, n. 1, ed. 34, p. 32-49, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifacef.com.br/index.php/rea/article/view/1406/1420>. Acesso em: 20 maio 2023.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. A internacionalização recente do regime do capital. *Carta Social e do Trabalho*, Campinas, n. 27, p. 2-13, 2014. Disponível em: <https://cesit.net.br/wp/wp-content/uploads/2014/11/Carta-Social-e-do-Trabalho-27.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, 2011. Disponível em: <https://www.>

scielo.br/j/rsocp/a/YkZsZbDQpz94zmpNdrRWyt/abstract/?lang=pt. Acesso em: 26 maio 2023.

BORKOVSKI, Andréia; SCHNEIDER, Sandro Adriano. A gestão da informação e suas contribuições nos processos de tomada de decisão da gestão pública. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Micro e Pequenas Empresas*, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 129-139, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.editoraenterprising.net/index.php/regmpe/article/view/348>. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Parecer à proposta de emenda à Constituição n. 32-A, de 2020. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: *Câmara Legislativa*, 23 set. 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2079137&filename=SBT-A+1+PEC03220+%3D+%3E+PEC+32/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2079137&filename=SBT-A+1+PEC03220+%3D+%3E+PEC+32/2020). Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. *Ministério da Educação*. Fundeb. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/fundeb-sp-1090794249>. Acesso em: 23 jun. 2023.

COSTANTINOS, Costantinos Berhutesfa. *Theories of governance and new public management: links to understanding welfare policy implementation: sustainable development management policy and institutional reform*. Respublica Literaria, Addis-Abeba, v. 9, n. 232, p. 517-541, 2014.

DIXSON-DECLEVE, Sandrine; GAFFNEY, Owen; GHOSH, Jayati; RANDERS, Jørgen; ROCKSTROM, Johan; STOKNES, Per Espen. Earth for all: a survival guide for humanity. Ottawa: *New Society Publishers*, 2022.

FREITAS, Henrique Mello Rodrigues de; KLADIS, Constantin Metaxa. O processo decisório: modelos e dificuldades. *Revista Decidir*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 8, p. 30-34, 1995.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois. O complexo econômico-industrial da saúde 4.0: por uma visão integrada do desenvolvimento econômico, social e ambiental. *Cadernos do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 28, p. 25-49, 2021. Disponível em: <http://www.cadernosdodesenvolvimento.org.br/ojs-2.4.8/index.php/cdes/article/view/550>. Acesso em: 10 fev. 2023.

GUEDES, Danilo Rodrigues; SILVA JÚNIOR, Agnello Rufino. Governança pública no Brasil: estado da arte dos estudos publicados entre 2009 a 2019. *Revista Controladoria e Gestão*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 370-387, 2021. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/rcg/article/view/14126>. Acesso em: 15 mar. 2023.

GRIN, Eduardo José. Regime de bem-estar social no Brasil: três períodos históricos, três diferenças em relação ao modelo europeu social-democrata. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 186-204, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3994>. Acesso em: 20 jun. 2023.

GRIN, Eduardo José; BONIVENTO, José Hernández; ABRUCIO, Fernando Luiz. O governo das grandes cidades na América Latina: desafios para a governança da descentralização. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 136-159, 2017. Disponível em: [https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/o\\_governo\\_das\\_grandes\\_cidades\\_na\\_america\\_latina\\_desafios\\_para\\_a\\_governanca\\_da\\_descentralizacao.pdf](https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/o_governo_das_grandes_cidades_na_america_latina_desafios_para_a_governanca_da_descentralizacao.pdf). Acesso em: 15 fev. 2023.

GRIN, Eduardo José; SEGGATO, Catarina Ianni. Consórcios intermunicipais ou arranjos de desenvolvimento da educação: uma análise de duas experiências no federalismo educacional brasileiro. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 72, n. 1, p. 101-132, 2021. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4114>. Acesso em: 10 jan. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Alfabetiza Brasil: diretrizes para uma política nacional de avaliação da alfabetização de crianças*. Brasília, DF: Inep/MEC, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/alfabetiza-brasil>. Acesso em: 13 jun. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Índice de desenvolvimento da educação básica: resultados e metas*. Brasília, DF: Inep/MEC, 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS  
ANÍSIO TEIXEIRA. *Índice de desenvolvimento da educação básica: resultados e metas*. Brasília, DF: Inep/MEC, 2021.

JESSOP, Bob. Metagovernance. In: Bevir, Mark. *The SAGE handbook of governance*. London: SAGE Publications Ltd, 2011. p. 106-123.

LÚCIO, Magda de Lima; DANTAS, José Marilson Martins. Gestão, custos e governança pública: desenvolvimento nacional baseado em public intelligence. *Revista NAU Social*, Salvador, v. 9, n. 17, p. 92-101, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/31447>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio. *Um guia de governança para resultados na administração pública*. Novo Hamburgo: Publix Editora, 2010. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_governanca\\_resultados\\_administracao\\_publica.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_governanca_resultados_administracao_publica.pdf). Acesso em: 10 jun. 2023.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MORESI, Eduardo (org.). *Metodologia da pesquisa*. Brasília: Universidade Católica de Brasília, DF, 2003. Disponível em: [http://ftp.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/1370886616.pdf](http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1370886616.pdf). Acesso em: 5 fev. 2023.

MORITZ, Gilberto de Oliveira. *Processo decisório*. SEAD/UFSC: Florianópolis, 2006.

NERI, Marcelo. *Desigualdade de impactos trabalhistas na pandemia*. FGV Social, Rio de Janeiro, p. 1-11, 2021. Disponível em: [https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/Desigualdade\\_de\\_Impactos\\_Trabalhistas\\_na\\_Pandemia\\_Marcelo-Neri\\_FGV-Social.pdf](https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/Desigualdade_de_Impactos_Trabalhistas_na_Pandemia_Marcelo-Neri_FGV-Social.pdf). Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Are students ready to take on environmental challenges?* Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/8abe655c-en.pdf?expires=1685643348&id=id&accname=guest&checksum=2715E29C3E8F1BCE9FFBE99031343E4A>. Acesso em: 4 fev. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Education at a glance 2022: OECD indicators*. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/3197152b-en>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *What students know and can do*. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/a9b5930a->

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Programa de avaliação internacional de estudantes: resultados do PISA 2018*: volume 1: o que os alunos conseguem fazer. Brasília, DF: Publicações OCDE, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/5f07c754-en>. Acesso em: 30 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatórios econômicos OCDE: Brasil 2020*. Brasília, DF: Publicações OCDE, 2021. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-brazil\\_19990820](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-brazil_19990820). Acesso em: 20 jun. 2023.

OLIVEIRA, Antônio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGOVP: índice de avaliação da governança pública: instrumento de planejamento do Estado e de controle social pelo cidadão. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 5, p. 1263-1290, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/54990>. Acesso em: 9 out. 2021.

OLIVEIRA, Fátima Bayma (org.). *Política de gestão pública integrada*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

OLIVEIRA, Laís Macedo de; GALVÃO, Maria Cristina Costa Pinto (org.). *Desenvolvimento gerencial na administração pública do estado de São Paulo*. São Paulo: FUNDAP: Secretaria de Gestão Pública, 2009.

PAULANI, Leda. *Modernidade e discurso econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005.

PINTO, Aníbal. *Notas sobre los estilos de desarrollo em América Latina*. Revista de la CEPAL, Santiago, n. 96, p.73-83, dic. 2008. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37447/RVE96\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37447/RVE96_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 14 fev. 2023.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

QUADE, Edward Schaumborg. *Analysis for public decisions*. Amsterdam: North-Holland, 1989.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Gênese dos novos partidos da ordem: o Brasil na dança mundial. *Cadernos do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 28, p. 25-49. Disponível em: <http://necon.iesp.uerj.br/wp-content/uploads/2018/10/Automação-erevolução-tecnológica.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SILVA, César Augusto Tibúrcio (org.). *Custos no setor público*. Brasília, DF: Editora UnB, 2007.

TEIXEIRA, Alex Fabiane; GOMES, Ricardo Corrêa. Governança pública: uma revisão conceitual. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, v. 70, n. 4, p. 519-550, 2019. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3089>. Acesso em: 9 out. 2021.

TEIXEIRA, M. T.; FABRIZ, D. A legalização da classe trabalhadora brasileira na perspectiva de Bernard Edelman. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [s.l.], v. 5, n. 9, p. 131-153, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6150>. Acesso em: 23 jun. 2023.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Propostas para aprimoramento nos mecanismos de financiamento da educação básica*. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2019. Disponível em: [https://www.todospelaeducacao.org.br/\\_uploads/\\_posts/258.pdf](https://www.todospelaeducacao.org.br/_uploads/_posts/258.pdf). Acesso em: 14 mar. 2022.

TOKARNIA, Mariana. Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever. É o que mostram dados da Pnad contínua educação, divulgados hoje. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos#>. Acesso em: 18 mar. 2023.



## REGULAÇÃO DE *BIG TECHS* NO BRASIL: NECESSIDADE OU EQUÍVOCO?

### *BIG TECHS REGULATION IN BRAZIL: NECESSITY OR MISTAKE?*

Amanda Flávio de Oliveira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Regulação de *big techs*: um movimento global?. 2 Regulação de *big techs*: justificativas metajurídicas?. 3 Regulação de *big techs*: justificativas jurídicas?. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Doutora, mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora associada dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UnB.



**RESUMO:** Desde que a União Europeia fez publicar o DMA (*Digital Markets Act*) e desde que, nos Estados Unidos, o governo Biden alçou a cargos públicos relevantes alguns acadêmicos críticos do poder das *big techs*, discute-se à exaustão no Brasil se o país deveria aliar-se ao movimento de produção de medidas regulatórias específicas para essa espécie de agente econômico. O presente texto pretende oferecer uma perspectiva diferente daquela que vem sendo mais comumente apresentada, concluindo pela desnecessidade dessa regulação, fundamentando-se em razões jurídico-econômicas pertinentes e apontando um possível erro de diagnóstico que esteja sendo cometido pelos estudiosos do tema. Acredita-se que o ordenamento jurídico brasileiro já possui o instrumental necessário para o enfrentamento dos problemas que surgem, os quais não se diferenciam muito de situações similares precedentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação. *Big Techs*. Direito Antitruste. Direito Regulatório. AED.

**ABSTRACT:** Since Europe published the DMA (*Digital Markets Act*) and, in the United States, the Biden government raised some academics critical of the power of big techs to relevant public positions, there has been an exhaustive debate in Brazil whether the country should ally with them in order to produce specific regulatory measures for this kind of economic player. This article intends to offer a different perspective from the one that has been more commonly presented, concluding that this kind of regulation is unnecessary in Brazil, based on pertinent legal and economic reasons, and pointing out a possible diagnostic error that is being committed by scholars. Brazilian legal system has the necessary tools to face the problems that arise, which are not very different from similar situations in the past.

**KEYWORDS:** Regulation. Big Techs. Antitrust Law. Regulatory Law. Law and Economics.

## INTRODUÇÃO

Memes podem ser considerados uma evolução da tradicional charge, e seu habitat é a internet. Eles geralmente são utilizados como instrumentos de humor ou deboche, mas alguns deles têm a incrível habilidade – como as charges também sempre tiveram – de transmitir grandes verdades...e nos permitir enxergar o óbvio que nos escapa.

Em um meme que viralizou na web recentemente, um senhor, vestido elegantemente de terno e gravata, aparece à porta da casa de sua amada com um belo buquê de flores de corte em mãos e diz para ela, com os braços estendidos: *“Tome! Eu achei algumas coisas bonitas e as matei para que você pudesse olhá-las apodrecer”*. Há muita sabedoria nesse meme, disfarçada de humor.

Na vida estatal, tal qual ocorre na vida romântica, corre-se o risco de se deixar encantar por atos e narrativas... e cegar-se diante do que eles realmente representam. Compete ao acadêmico reconhecer o seu objeto de estudo tal como ele realmente é, dar-lhe o nome apropriado, analisá-lo com objetividade e sem paixões, contextualizá-lo adequadamente. Quando o objeto de estudo tem as características de uma ação estatal sobre a liberdade econômica, impõe-se, para além de verificar com exatidão o seu significado no ordenamento jurídico, proceder também a uma análise diagnóstica de sua capacidade de atingir objetivos da República.

O presente artigo pretende promover apontamentos sobre a contemporânea intenção de se realizar uma regulação específica para *big techs* no Brasil, ponderando sobre seu contexto, seu significado e sua pertinência – em uma tentativa de avaliar as coisas objetivamente, como elas efetivamente são.

O antitruste representa uma das raras disciplinas jurídicas em que a abordagem econômica dos fatos e das normas é correntemente admitida, inclusive no Brasil. Em especial, a abordagem chicogoana de *Law and Economics* vem exercendo profunda influência na matéria há algumas décadas, em todo o mundo. Embora este texto não pretenda ser um trabalho de Análise Econômica do Direito em sentido estrito, as concepções dessa Escola encontram-se inevitavelmente em suas premissas subjacentes, especialmente o modo de pensar econômico, como não poderia deixar de ser.

## 1. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: UM MOVIMENTO GLOBAL?

O antitruste parece ser uma disciplina sempre em busca de sua razão de ser. Desde seu surgimento e implementação, nas mais variadas jurisdições, muito já se debateu sobre as razões pelas quais se deveria regular a competição entre empresas, e o tema segue indefinido.

Dentre as Escolas de pensamento pertinentes, a doutrina referencia, com maior frequência, duas delas. A *Escola de Harvard* identificou, como motivo de existir da disciplina antitruste, evitar excessivas concentrações de mercado (seja lá o que queira significar o qualificador “excessivas”). É de se reconhecer que essa predileção apriorística por concorrentes “menores” ou “pulverizados” revelava-se, de alguma forma, simplista demais para o objeto de estudo, sempre dinâmico (o mercado). Já a *Escola de Chicago*, que vem predominando há algum tempo no cenário global, fundamenta-se na busca do bem estar do consumidor, ou da eficiência alocativa do mercado. A frustração com o descompasso entre sua proposta e seus resultados, passadas algumas décadas de prevalência do modelo em diferentes jurisdições, é algo notável, e encontra-se nas bases do dilema contemporâneo, que resgata o debate sobre as razões do antitruste<sup>2</sup>.

A referência a nomes de universidades americanas para intitular as Escolas revela a influência do antitruste produzido nos Estados Unidos da América sobre todos os demais países que disciplinaram a matéria no decorrer do século XX, muito embora as origens materiais do antitruste possam ser melhor identificadas como tendo sido fruto de uma construção britânica (MORGAN, 1994). Em continuidade a essa influência, surge na contemporaneidade o “Neobrandeisianismo”, movimento que, embora sem negar o valor do bem-estar do consumidor nos objetivos antitruste, entende que essa política não deve se ater exclusivamente a isso, mas agregar valores como combate à desigualdade, à pobreza, além de gênero, meio ambiente, padrão de emprego, proteção a micro empresas, entre outros, como critérios de análise.

Os fundamentos da nova Escola não saem ilesos de uma análise mais robusta. A falta de objetividade da proposta, apta a produzir ou ampliar insegurança jurídica, é uma das causas de maior desaprovação que ela enfrenta. Nem mesmo sua denominação encontra-se livre de crítica: é que ao se pretender resgatar um suposto legado do então Ministro da Suprema Corte americana, Louis Brandeis, na matéria, pode-se estar cometendo uma grave inadequação, eis que as ideias dele parecem não coincidir com precisão com a proposta atual (OLIVEIRA; MOTA; ROS, 2022).

A busca por uma reavaliação da política antitruste que o surgimento de uma nova Escola revela é compreensível, entretanto. De um lado, tem-se a já mencionada frustração com os resultados da política antitruste praticada, vis-à-vis seus propósitos, mesmo em países com *enforcement* premiado na matéria. Soma-se a isso uma outra razão, esta mais frágil como fundamento jurídico, mas inquestionavelmente mencionada nas discussões sobre o tema

2 Para se compreender a evolução histórica da legislação antitruste, com seus reflexos na legislação brasileira, recomenda-se o já clássico livro de Isabel Vaz (VÁZ, 1993). Em obra atualíssima, Victor Oliveira Fernandes descreve com precisão e objetividade as características das Escolas tradicionais do antitruste, com foco no tema central deste artigo (FERNANDES, 2022).

antitruste: o surgimento de empresas às quais se convencionou denominar *Big Techs* e o anseio por “discipliná-las”.

O fenômeno ao qual se convencionou chamar *big tech* talvez possa ser assim genericamente sintetizado: um conjunto limitado de grandes empresas, responsáveis pela criação e/ou desenvolvimento de produtos e/ou serviços tecnológicos inovadores, que alcançaram parcela significativa do mercado em que se inserem nos últimos anos. São geralmente empresas líderes em seus mercados relevantes, que em certa medida têm ditado tendências, criado protagonismos e determinado orientações, além de terem obtido adesão substancial por parte da população em geral aos seus produtos e/ou serviços digitais (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2022). Essa tentativa de definição não é indene de críticas, todavia. É que definir uma *big tech* implica necessariamente criar um conceito discriminatório, que a diferencie de empresas que são seus pares, e essa diferenciação, inevitavelmente, parece recair sobre seu patamar de sucesso como fator de demérito.

A União Europeia indiscutivelmente tomou a dianteira na tentativa de definir e disciplinar assimetricamente essas empresas. Em vigor desde novembro de 2022, o DMA (*Digital Markets Act*) pretende regulamentar empresas qualificadas como “*gatekeepers*” no mercado digital. Eles parecem orgulhar-se da aprovação da norma em “tempo recorde”: entre sua propositura e sua aprovação decorreu pouco mais de um ano.

A norma europeia define “*gatekeepers*” a partir de critérios qualitativos, como a espécie de serviço prestado (p. ex. intermediação online de serviços em lojas de aplicativos), além de critérios relacionados a seu tamanho (p, ex., ser uma plataforma que possua pelo menos 45 milhões de usuários ativos na Europa) e a detenção de posição “entrincheirada” ou “durável”. É inevitável reconhecer o retorno da preocupação antitruste com o tamanho das empresas (de certas empresas), assim como é inevitável questionar-se os critérios definidos e sua adequação, proporcionalidade e/ou objetividade. A concepção de *gatekeeper* utilizada, embora a princípio pareça se aproximar de uma concepção de abuso de posição dominante (atraindo, assim, um tratamento tradicional da teoria antitruste), vai além. Abandonando o modelo de *enforcement* antitruste tradicional, o DMA estabelece ações previamente permitidas ou *proibidas* para essas empresas, criando uma regulação apriorística à qual elas devem obediência. O afastamento da norma de um padrão neoclássico de tratamento dos mercados tem sido identificado por alguns estudiosos, constituindo, o DMA, em um possível efeito do sentimento geral de frustração com relação ao antitruste produzido com base nesses fundamentos (SANTOS, 2023). É de se reconhecer que a iniciativa europeia (comunitária) seguiu o fluxo de iniciativas nacionais prévias e sobre ela inovou. Na Alemanha, por exemplo, alterações pontuais na sua lei concorrencial regulamentaram especificamente (assimetricamente) empresas digitais.

Por sua vez, os EUA, país considerado historicamente um protagonista na definição de tendências antitruste no mundo ocidental, também vem dando sinais de que o tema mereça atenção específica, embora não seja facilmente discernível o que seria vontade política concreta nessa questão, e o que representa apenas *sinalização política* ou narrativa de um grupo de entusiastas da pretensão. Tim Wu e Lina Khan, dois acadêmicos notoriamente críticos do poder econômico no mercado digital (KAHN, 2017; WU, 2018), foram alçados, pelo Governo Biden, a postos de grande expressão na burocracia americana. Kahn foi designada presidente da Federal Trade Commission (FTC), e Wu, responsável por políticas de tecnologia e concorrência. O movimento animou entusiastas da regulação de *Big Techs*. É de se notar, entretanto, que, passados alguns anos da indicação e dos festejos que propiciaram, muito pouco se caminhou no sentido de uma efetiva implementação de medidas políticas a esse título, e há razões para se duvidar da mudança desse cenário.

Os entusiastas da regulação das *Big Techs* costumam repercutir também propostas legislativas que começam a surgir no Congresso americano nesse sentido. Entre elas, destaca-se a proposta intitulada “*American Choice and Innovation Online Act*”, que incluiria regras voltadas a impedir a adoção, pelas empresas, de condutas de “*self preferencing*”. Essa prática consistiria na suposta adoção, pelas empresas em questão, de uma estratégia de alavancar seu poder de mercado em atividades adjacentes às custas do poder de mercado que detêm na atividade principal. Em suma, trataria de conduta em que a *Big Tech* privilegiaria empresa do mesmo grupo econômico em relação às suas concorrentes<sup>3</sup>.

Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se mobilizou em relação ao tema. Em 2021, a entidade publicou estudo que versa sobre regulação *ex ante* e antitruste em mercados digitais, analisando as iniciativas sobre disciplinar *Big Techs* e reforçando a premissa de que talvez haja mesmo um movimento global nesse sentido.

No Brasil, o Projeto de Lei n. 2.768 foi apresentado na Câmara dos Deputados em fins de 2022, atraindo para o país a discussão sobre a necessidade de uma tal regulação e abrindo espaço para amplos debates acadêmicos sobre a adequação da proposta. Há pontos de convergência entre o modelo europeu do DMA e pontos de divergência. O PL destaca, entre empresas, aquelas às quais deveria ser aplicado um tratamento regulatório diferenciado, por critérios de tipo de atividade e tamanho, em um modelo que claramente se inspira, mas possui divergências em relação ao europeu. Também no caso brasileiro, há motivos para se questionar as escolhas feitas, sobretudo no que concerne à sua pertinência, flexibilidade, adequação, atualidade e/ou razoabilidade. Atribui-se à já existente agência

3 Conforme o artigo, em fase de elaboração: *Big techs, concorrência e o relatório do congresso americano de 2020*, do autor César Mattos.

de telecomunicações (ANATEL) a função de aplicar novos comandos a serem por ela emitidos a essas empresas – aparentemente fazendo opção por regulação administrativa *ex ante* -, mas, em paralelo, o PL preserva as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando for o caso, deixando em aberto o risco concreto de redundância estatal nos seus papéis de regulador e órgão antitruste. Também é criado um lamentável *Fundo de Fiscalização de Plataformas Digitais*, para os quais as empresas submetidas deveriam necessariamente contribuir, em valores um tanto consideráveis.

A leitura da Justificação do PL n. 2768/2022, de certa forma, constrange pelas razões metajurídicas que embasariam a medida: seja a referência *nominal* a empresas às quais se pretende direcionar a regulação; seja a referência aos valores de mercado dessas mesmas empresas – *valuation* –; seja a referência ao fato de que União Europeia já as regulou, e de que alguns entusiastas dessa medida nos Estados Unidos já apresentaram relatórios nesse sentido; as razões “político-econômicas” para o PL parecem frágeis e criticáveis. Melhor sina não lhe aguarda uma análise que contemple fundamentos jurídicos para tanto.

## 2. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: JUSTIFICATIVAS METAJURÍDICAS?

O PL n. 2.768/2022 brasileiro sustenta-se, como mencionado, em possíveis razões de ordem político-econômica para a produção da norma. Ele não é o único, no entanto, a fazê-lo. Também na Europa e nos EUA, causa constrangimento a referência nominal a empresas às quais se pretende regular – e até um acrônimo foi criado para tanto: GAFAM.

GAFAM pode ser considerado o primeiro acrônimo utilizado para destacar empresas “perigosas” para a sociedade ou a “democracia” pelo grande poder que detêm, e representaria, na ordem, Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Uma abordagem objetiva dos fundamentos metajurídicos apresentados como fundamento para a norma pressupõem algumas reflexões:

- a) O acrônimo já se encontra desatualizado. A terceira das empresas mencionadas passou por um movimento de renovação de sua marca e agora se chama Meta. Longe de ser um argumento crítico tacanho, a constatação remete a uma advertência relevante. Richard Posner, escrevendo no início dos anos 2000 sobre os desafios do antitruste em uma nova economia, já advertia pelo risco real de a burocracia estatal encontrar-se sempre desatualizada em relação àqueles e àquilo que regularia. Segundo ele, a dificuldade de o antitruste americano enfrentar a nova economia não

decorreria de uma questão dogmática ou doutrinária de incompatibilidade. O problema residiria no aspecto institucional, na ausência de recursos técnicos mesmo do aparato estatal em acompanhar o dinamismo da nova realidade (POSNER, 2001). Curiosamente, o acrônimo utilizado caricaturiza esse argumento.

b) Aparentemente, teria sido resgatada a preocupação com o tamanho das empresas per se, e uma tentativa sempre temerária de mensurar o limite em valor monetário a partir do qual elas se distinguiriam de seus pares para dever obediências regulatórias diferenciadas se revela novamente. O tema do critério do tamanho de empresas para configurar situações supostamente perigosas para a sociedade encontra-se nas bases do antitruste, com o desenvolvimento, ainda no início do século XIX, da já mencionada Escola de Harvard. Mas é de se reconhecer que uma certa concepção rasa de justiça que indica proteção a pequenos frente a grandes, transportada para o antitruste, assombra a disciplina de tempos em tempos. Não há muita sustentação técnica – econômica ou de “justiça social” – para uma tal preocupação, mas o argumento se revela mais atrelado a motivações políticas que técnicas, sempre que referenciado.

O tema é controverso desde sempre. Ayn Rand, notória crítica da legislação antitruste americana (RAND, 2022, p. 49), em palestra proferida em Boston em dezembro de 1961, chegou a se referir às grandes empresas como “a minoria perseguida dos Estados Unidos”, em razão da “penalização” que sofrem por suas virtudes. Mais contemporaneamente, o movimento americano “Neobrandeisian”, que resgata discussões sobre tamanho de empresas como fundamento para a atuação estatal, vem sido referenciado por alguns estudiosos do tema naquele país por sua característica populista, atrelando essa circunstância à ascensão de Biden à presidência em 2020. Estudos que avaliam os primeiros anos da administração Biden apontam o viés ideológico e pouco técnico das premissas, e advertem para sua pequena capacidade de alteração do curso do antitruste americano de forma expressiva (PORTUESE, 2022).

c) Tampouco se sustenta o argumento de serem essas novas empresas realidades inéditas pelo poder que detêm no mercado em que inseridas. Nas bases desse argumento repousa uma incompreensão do que representam o poder econômico, o poder político, e a real capacidade dos detentores daquele de pautar e fragilizar este (GREENSPAN, 2022). O tema é mais complexo do que este texto permitiria avançar e desenvolvê-lo fugiria dos propósitos mais diretos deste artigo. Mas por ora resta evidenciar a presunção subjacente à crença no ineditismo de um tal “poder” econômico.

Em primeiro lugar, cumpre revisitar a própria história do antitruste global, especialmente o caso americano e o europeu. *Standard Oil*, *Microsoft*, *AT&T* são experiências concretas de intervenção estatal no mercado concorrencial presentes nessa trajetória, cujos resultados podem e devem ser avaliados pela capacidade ou não de gerar as consequências esperadas. Eram empresas que, ao seu tempo, possuíam “poder econômico” igualmente “assustador”. Da mesma forma, se o critério for uma suposta “influência política” que detém certas novas empresas e seus titulares, a história nos aponta casos como de *Vanderbilt*, *Andrew Carnegie* ou *J.P. Morgan*, que demonstram que a vida se reinventa, com novos personagens, mas elementos semelhantes (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2022).

Do ponto de vista econômico, fundamento muito caro a uma abordagem antitruste, uma análise mais minudente tampouco revela grandes razões para surpresa: características econômicas como posição dominante, efeitos de rede, mercados de dois ou mais lados, economias de escala ou escopo, concorrência baseada em inovação, vantagem da empresa pioneira, verticalização e o tratamento de dados, para mencionar alguns temas, são matérias já suficientemente estudadas na doutrina, contempladas em legislações e aplicadas por autoridades de todo o globo, o Brasil, inclusive (MATTOS, 2022). Inevitável perceber, portanto, que além da inexistência de grandes novidades a serem enfrentadas, já se possui uma experiência considerável em situações semelhantes, apta a permitir fazer opções mais assertivas quanto a objetivos sociais pretendidos e a capacidade de modelos pré-existentes de logrã-los<sup>4</sup>.

d) Por fim, há que se considerar o argumento que consta, inclusive, do PL n. 2.768/2022, como justificacão para uma tal lei brasileira, e seria o fato de Europa e Estados Unidos estarem se movimentando nesse sentido. Um tal fundamento tem mais capacidade de ser fatal do que sério. A criação de uma nova abordagem jurídico-coercitiva aplicável a agente econômico em atuação no Brasil precisa, mais do que de razão metajurídica para tanto, mesmo que econômica, de adequação ao ordenamento jurídico nacional. A adoção, aqui, de regras que se inspirem em outras, produzidas para outras realidades ou jurisdições, mesmo se aquelas aderissem aos fundamentos da Ordem Constitucional brasileira, podem ser efetivamente hábeis a atravancar o que deveria fomentar: o desenvolvimento econômico do país.

---

4 Sowell nos exorta a resgatar a experiência (SOWELL, 2009).



### 3. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS?

O afã por se regular *big techs*, no Brasil ou fora dele, tem embaçado as reflexões jurídicas que necessariamente precisam ser feitas. Antes de se questionar se o Brasil deve ou não aderir a uma tal proposta, cumpre checar se o ordenamento jurídico permitiria a iniciativa e se, permitindo-a, haveria a necessidade de criação de novas instituições.

Publicada às vésperas da pandemia de 2019-2020, a Lei de Liberdade Econômica, no Brasil, Lei n. 13.874/2019, terminou por ter sua eficácia e a percepção de sua eficácia turvada pelo fenômeno sanitário. Não que ela fosse incompatível com a realidade sanitária global, tampouco que ela não tenha sido aplicada naquela fase. Entretanto, no plano dos debates jurídicos, a natural efervescência que seu surgimento representou no ordenamento jurídico brasileiro, expressa em publicações e eventos jurídicos pró e contra sua edição, foi amansada.

A produção de uma lei com esse conteúdo não se deu em vão, àquele momento da prática constitucional brasileira. Passadas três décadas da Constituição de 1988, o pêndulo precisava seguir seu curso, e resgatar, revalorizando, o princípio da liberdade econômica, fazia-se premente (OLIVEIRA, 2020). Foram, então, consagrados explicitamente, no plano legal brasileiro, princípios norteadores da atuação do Estado no domínio econômico, a serem observados em atenção ao princípio da livre iniciativa constitucional: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado (art. 4º da Lei).

A atuação do Estado em deferência à liberdade econômica é a tônica da lei, e comandos diretos e explícitos a entes estatais nesse sentido se fazem presentes: em seus artigos 3º e 4º são inúmeras as determinações aptas a reiterar a imperiosidade de se conceder tratamento isonômico e não discriminatório a agentes econômicos que se encontrem em um mesmo mercado relevante. Ademais, estabelece-se o ilícito de abuso de poder regulatório para situações em que a administração pública crie reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (art. 4º, II); redijam enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco (inc. IV); aumentem os custos de transação sem demonstração de benefícios (inc. V); criem demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional (inc. VI), introduzam limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas (inc. VII).

Expressamente, o art. 4º-A, incluído pela Lei n. 14.195/2021, estabelece ser dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam à LLE, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos.

As normas referenciadas, como se sabe, aplicam-se a entes da administração pública. Mas *essas normas representam*, como, de fato, todo o conteúdo da Lei de Liberdade Econômica, *um exercício de preenchimento do conteúdo de um princípio constitucional, fundamento da República (art. 1º, CR/88) e da Ordem Econômica (art. 170, CR/88)*.

É, portanto, indispensável proceder-se a um cotejo entre o PL que visa criar uma discriminação de tratamento jurídico em desfavor de um grupo de agentes econômicos e o princípio constitucional da livre iniciativa, para fins de verificar sua constitucionalidade. O conteúdo indiscutivelmente atribuído a esse princípio por ocasião da publicação da LLE, que não tolera protecionismos de nenhuma mão (nem *a favor*, nem *em desfavor* de agente econômico qualquer), não autoriza admitir-se regulações apriorísticas assimétricas. Isso não quer dizer que essas empresas não devam obediência a comandos constitucionais de mesmo nível que o princípio da livre iniciativa, mas sobre aqueles já existe robusta construção legal, doutrinária e jurisprudencial disponível.

A esse respeito, a legislação brasileira de defesa da concorrência está dotada de instrumentos variados, como análise *ex ante* de atos de concentração, possibilidade de imposição de medidas preventivas, celebração de acordos de cessação de práticas, entre outros, quando cabíveis. No âmbito institucional, a Superintendência Geral do CADE fez criar, no ano de 2022, uma unidade de análise exclusiva para condutas unilaterais. A literatura antitruste tem contribuições variadas para temas como fusões conglomeradas, verticalização. Conciliar os princípios constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência e repressão aos abusos de poder econômico impõe seguir a trilha que conduz à aplicação, se for o caso, de toda essa construção antitruste a casos que envolvam *Big Techs*.

O problema da frustração com os resultados do antitruste tal qual vem sendo praticado nos últimos tempos persistirá, todavia. Entretanto, insatisfações com os resultados materiais do antitruste precisam ser avaliadas objetivamente, sem paixões ou romantismos. E seu enfrentamento precisa ocorrer dentro da técnica disponível. A identificação nominal de empresas a título de alvos preferenciais funciona como política populista, mas não como técnica jurídico-econômica. A finalidade constitucional da Ordem Econômica, conforme o Texto Constitucional de 1988, consiste em assegurar a todos existência digna. Os instrumentos por ela definidos – a livre concorrência, por exemplo – constituem apenas isso: instrumento para um fim.

É verdade que há tempos se discute na literatura sobre a adequação de uma intervenção antitruste estática – como a chicagoana – em um contexto

dinâmico – como o mercado –, circunstância esta que – é preciso admitir – as *Big Techs* elevam a um outro patamar. É bem verdade que uma tal abordagem antitruste dinâmica não é simples de se realizar e implementar – o que talvez explique seu tímido prestígio, sobretudo entre as autoridades. Também é de se reconhecer a correlação existente entre uma perspectiva dinâmica e o reconhecimento da *inovação* como um valor econômico destacado<sup>5</sup>.

De toda sorte, pelo menos a partir de abordagens harvardianas ou chicagoanas, já há muito conhecimento acumulado na história antitruste global de enfrentamento do poder econômico, segundo suas teses. Já se pode, portanto, avaliar o resultado da experiência – seus acertos, desacertos, fragilidades. Privilegiar a experiência em matéria de política pública constitui caminho sóbrio e realista. Não se trata de comparar virtuosidades de teses abstratas entre si, mas seus resultados concretos. Parafraseando Friedman, a história antitruste global já nos permite cotejar o real com o real<sup>6</sup>.

Por sua vez, revisitar os fundamentos do antitruste tendo em vista os resultados por ele produzidos em comparação à expectativa que levou à sua criação constitui sempre medida a ser valorizada. Só pode ser considerado um bom estatuto jurídico aquele que foi hábil a produzir os resultados por ele desejados. Importa, porém, que essa reavaliação seja objetiva, isenta de paixões e comprometida com valores constitucionais e legais consagrados<sup>7</sup>.

## CONCLUSÃO

Em 1820, 94% das pessoas encontravam-se em situação de extrema pobreza no globo; em 2015, esse número caiu para 10%. O que aconteceu de tão extraordinariamente bom em um curto espaço de tempo relativo de existência da humanidade?

Por mais que se esforce, é difícil identificar um líder público ou uma instituição pública oficial, vocacionada para o interesse público, que tenha, ao longo desses dois séculos, sido hábil a desenvolver um planejamento em favor da riqueza em escala planetária e implementado com eficácia tão contundente. Parece inevitável reconhecer a inovação, cumulada e sucessiva, como a grande ação responsável por tanto êxito, sempre difusa, multiforme e desordenada quanto à sua origem.

Se a inovação de fato estiver nas bases do desenvolvimento econômico da humanidade, sobretudo em um país cuja Constituição eleja, como objetivo da República, a vida digna das pessoas, o foco primordial de preocupação

5 Recomenda-se, no ponto, conhecer a Escola shumpeteriana e suas reflexões sobre o tema antitruste

6 “Temos, agora, várias décadas de experiência com a intervenção governamental. Já não é necessário comparar o mercado, como ele efetivamente atua, e a intervenção governamental, como idealmente deveria funcionar. Agora temos condições de cotejar o real com o real.” (FRIEDMAN, 2023).

7 Alan Greenspan e Ayr Rand são dois grandes críticos da edição de leis antitruste. Sugere-se, a esse título, os textos deles em: RAND, 2022.

dos estudiosos deveria ser a promoção daquela. Ao agir impulsionados por uma iniciativa europeia de disciplinar empresas americanas sem uma percepção crítica disso e descuidando da verificação essencial de pertinência constitucional, uma tal proposta de regulação assimétrica apenas pode significar um agir enamorado por narrativas... que não cabe em política pública, pelo custo social alto que representa.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência e plataformas digitais*. São Paulo: RT, 2022.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2023. E-book.

GREENSPAN, Alan. Antitruste. In: RAND, Ayn. Capitalismo: o ideal desconhecido. São Paulo: LVM, 2022, p. 69-77.

KAHN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, n. 126, p. 710-805, 2017.

MATTOS, César. Características econômicas das grandes plataformas digitais e o poder de mercado. *WebAdvocacy Direito e Economia*, out. 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/10/20/caracteristicas-economicas-das-grandes-plataformas-digitais-e-o-poder-de-mercado/> Acesso em: 20 mar. 2023.

MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. Saint Paul, MN: West Publishing Company, 1994.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulação de novas tecnologias. In: Colunas da WebAdvocacy: direito e economia. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org). *Colunas da WebAdvocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. III. E-book.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; AZEVEDO, José Américo. Bigtechs: qual a novidade?. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org). *Colunas da WebAdvocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. I, p. 8-12.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MOTA, Julia Gomes; ROS, Luiz Guilherme. Sobre razões do antitruste, o “advogado do povo” Louis Brandeis e o neobrandeisianismo. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org.). *Colunas da Web Advocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. I, p. 16-19.

PORTUESE, Aurelien. Biden antitrust: the paradox of the new antitrust populism. *George Mason Law Review*, v.29, issue 4, 2022. Disponível em: [https://lawreview.gmu.edu/print\\_\\_issues/biden-antitrust-the-paradox-of-the-new-antitrust-populism/](https://lawreview.gmu.edu/print__issues/biden-antitrust-the-paradox-of-the-new-antitrust-populism/). Acesso em: 20 mar. 2023.

POSNER, Richard A. Antitrust in the new economy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 3, p. 925-943, 2001.

RAND, Ayn. *Capitalismo: o ideal desconhecido*. São Paulo: LVM, 2022.

SANTOS, Humberto Cunha dos. A discussão de uma possível lei brasileira de regulação dos mercados digitais. *Jota*, mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-discussao-de-uma-possivel-lei-brasileira-de-regulacao-dos-mercados-digitais-02032023>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: Realizações, 2009.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WU, Tim. The curse of bigness: antitrust in the new gilded age. New York: *Columbia Global Reports*, 2018.

RECEBIDO EM: 31.03.2023

APROVADO EM: 23.05.2023

DOSSIÊ

# ENTRE A CULTURA DA DISSUAÇÃO E DA PERSUAÇÃO REGULATÓRIA ESTÁ A PARTICIPAÇÃO SOCIAL QUALIFICADA: DESAFIO MAIOR PARA O ESTADO

*BETWEEN THE CULTURE OF DISSUASION AND REGULATORY PERSUASION IS QUALIFIED SOCIAL PARTICIPATION: A GREATEST CHALLENGE FOR THE STATE*

*Claudine Costa Smolenaars<sup>1</sup>*

*Daniela Regina Pellin<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do processo de alteração do Sistema de Dissuasão para a Persuasão Regulatória e a Ausência de Participação Social nos Processos Regulatórios. 2. O Estado como Promotor da Cultura

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito Público pela UFRGS. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-graduação do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS.

<sup>2</sup> Procuradora Federal. Mestre em Direito dos Negócios e da Empresa da Unisinos. Especialista em Direito e Economia pela UFRGS.

institucional da persuasão: rumo à participação social qualificada. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A Lei nº 13.848/19 rompeu com o *status quo ante* da regulação pela dissuasão e constituiu o sistema da persuasão. O problema de pesquisa revela a distância cultural que há entre esses modelos, trazendo-se a hipótese de que a participação social qualificada é fundamental para esse funcionamento. Objetiva-se demonstrar que, desde 2018, a partir da recomendação da OCDE, instituiu-se novo sistema regulatório. Como objetivos específicos, a pesquisa busca compreender o contexto da dissuasão e da persuasão; demonstrar como a OCDE modelou essa estrutura e supervalorizou a participação social. Utiliza-se da abordagem da teoria dos sistemas sociais e como método de pesquisa, o indutivo; a Análise Econômica do Direito compõe a teoria de base. Os achados de pesquisa revelam que o Estado Brasileiro ainda não investe suficientemente na coesão e participação social qualificada nos processos regulatórios.

**PALAVRAS-CHAVES:** Regulação Estatal. Dissuasão. Participação Social. Qualificação. Persuasão.

**ABSTRACT:** Law No. 13,848/19 broke with the status quo ante of regulation by deterrence and constituted the system of persuasion. The research problem reveals the cultural distance between these models, raising the hypothesis that qualified social participation is fundamental for this functioning. The objective is to demonstrate that, since 2018, based on the OECD recommendation, a new regulatory system was instituted. As specific objectives, the research seeks to understand the context of deterrence and persuasion; demonstrate how the OECD shaped this structure and overvalued social participation. It uses the approach of social system's theory and as a research method, the inductive one; the Economic Analysis of Law composes the base theory. Research findings reveal that the Brazilian State still does not invest enough in social cohesion for qualified participation in regulatory processes.

**KEYWORDS:** State Regulation. Dissuasion. Social Participation. Qualification. Persuasion.

## INTRODUÇÃO

A atividade regulatória levada a cabo pela Administração Pública Indireta na normatização, fiscalização, controle e conformação da livre iniciativa quando, juntos, buscam o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais, esbarra em dois paradigmas históricos de atuação sobre as falhas de mercado: o de antes da edição das Leis de nº 13.874/19 e 13.848/19; e o depois. Isso implica, para a pesquisa, o período legal da dissuasão e o da persuasão, cuja linha eleita, que divide os dois tempos, é atribuída à intervenção interna da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2018.

Nesse cenário, cabível afirmar que, no tempo que antecede à lei de liberdade econômica (13.874/19) e à reforma da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/19), o sistema regulatório estava estruturado pela cultura da dissuasão, ou seja, a coerção normativa com impacto econômico sobre o ente regulado; já, com as citadas edições normativas, pela busca da persuasão, caracterizado pela governança e geração de valor. Portanto, de adesão voluntária ao cenário regulatório pelo ente regulado e mais e melhor participação social.

Ocorre que, muito embora a estrutura regulatória esteja pronta e acabada, há uma distância longa até a sua efetividade, justamente, por se tratar de um novo padrão institucional, ou seja, de valor.

Nesse cenário, portanto, a pesquisa tem como problema, essa distância que há entre a dissuasão (coercitiva) e a persuasão (de valor e adesão voluntária) marcada pela ausência de cultura institucionalizada de participação social interativa e qualificada no acento regulatório.

Como hipótese, busca revelar que a participação social interativa e qualificada é fundamental para a virada de chave; deve ser feita de forma organizada e metódica; fazer uso das organizações civis, incluídas e educadas por processos de programas de incentivos e ganhos significativos de coesão social; fazer uso de processos dialógicos interativos; sendo necessário reduzir a distância cultural e contribuir, efetivamente, com a implementação do sistema da persuasão.

Por isso, a pesquisa tem como objetivo geral, demonstrar que, para a implementação do novo modelo regulatório de persuasão, a participação social deve ser interativa e qualificada

Já, como objetivos específicos, necessário, então, compreender o contexto da dissuasão e da persuasão; demonstrar como a OCDE modelou essa estrutura do sistema regulatório pelo valor e governança e supervalorizou a participação social interativa e qualificada; trazer exemplos práticos e teóricos dos problemas da comunicação e participação limitada, que não gera colaboração e adesão; destacar como a economia comportamental



pode contribuir com a inclusão da sociedade civil organizada na tomada regulatória. Ademais, vai se trazer a teoria da comunicação, como ferramenta para melhor administrar as interações relacionais do Estado

A metodologia tem como método de abordagem a Análise Econômica do Direito e método de pesquisa, o indutivo. Já como técnicas de pesquisa, socorre-se da revisão bibliográfica e coleta de dados.

Os achados de pesquisa revelam que o Estado Brasileiro, através das Agências Reguladoras, não investe suficientemente na coesão social para a participação interativa e qualificada nos processos regulatórios e, com isso, obtendo baixa adesão de colaboração voluntária e qualificada, impactando, sobremaneira, como apontam os documentos institucionais, no desenvolvimento do país e na realização do programa constitucional.

A institucionalização da cultura da persuasão seria possível caso as Agências Reguladoras assumissem o protagonismo no desenvolvimento de programas inclusivos e educacionais mediante políticas de incentivos e ganhos significativos e, com isso, o fortalecimento institucional das sociedades civis organizadas como subsistema de formação de opinião qualificada, devendo melhor gerenciar seus processos comunicativos, promovendo diálogo interacional na construção de novas realidades culturais.

## **1. DO PROCESSO DE ALTERAÇÃO DO SISTEMA DE DISSUAÇÃO PARA A PERSUAÇÃO REGULATÓRIA – O PROBLEMA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL LIMITADA**

No Brasil, o fenômeno da regulação estatal, em determinados setores de desenvolvimento, infraestrutura e economia, ganharam destaque a partir da década de 1990, diante do cenário da globalização e da Sociedade da Informação (BRASIL, 2000; PELLIN, 2019). Isso implicou, necessariamente, na “celebração de concessões e permissões de serviços públicos, com a consequente retração da execução direta pelo Estado de variadas atividades titularizadas por ele (serviços públicos)” (NOHARA, 2017, p. 602), segundo, inclusive, sob a égide do Programa Constitucional estabelecido no artigo 174. (BRASIL, 1988)

Nesse sistema, o Estado deve fazer frente à complexidade, tecnicidade e anseio por legitimação estatal, após longa crise nas contas públicas e ineficiência na prestação de serviços; deve promover a construção de ambiente saudável de negócios e atuação firme para lidar com os chamados *wicked problems*, compreendidos como problemas graves, transversais, multicausais e com diversos atores e responsabilidades ambíguas e conflitantes. (CAVALCANTE, 2020, p. 556)

Tamanho desafio de regular esses fenômenos não caberia ao legislador, tendo em vista toda a amplitude de procedimentos constitucionais rigorosos

na aprovação legislativa, incompatíveis com a velocidade do desenvolvimento tecnológico (LEITE, 2020, p. 63) em ambiente global de Sociedade da Informação (BRASIL, 2000). Passou-se, então, ao regulador estatal a incumbência de adaptar e resolver, nos casos concretos, as pretensões constitucionais e legais de políticas públicas. (GUERRA, 2018)

A regulação pode ser definida como uma imposição de comportamento aos mercados, dentro de três prerrogativas, conforme os ensinamentos de Rafael Oliveira (2015): “a) a edição de normas; b) a implementação concreta das normas; c) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações”.

Tem-se, outrossim, como objetivo da regulação estatal, a intervenção voltada para a “correção de falhas de mercado, de estabilização e desenvolvimento econômico e/ou de promoção de valores sociais e culturas com repercussão econômica e que restringem, induzem ou controlam a atividade privada” (RIBEIRO, 2020, p. 52). As falhas de mercado seriam a concentração de poder econômico (monopólios, oligopólios), a assimetria de informação, as externalidades e os bens públicos (OLIVEIRA, 2015)

Com essa perspectiva tem-se que as Agências Reguladoras são organizações que envolvem três segmentos: (i) governo; (ii) indústria e ou empresas de determinado setor; e, (iii) os usuários dos serviços, cujo papel reside no controle, fiscalização e normatização para atender aos objetivos da Administração Pública, de universalização do acesso a bens e serviços, ao menor custo possível.

No entanto, após anos de um modelo regulatório ineficiente, em razão dos problemas e consequências da regulação estatal, com impacto no aumento dos custos de transação<sup>3</sup>, ineficiência nos resultados projetados, abuso regulatório, captura do regulador pelo regulado, entre outros, o Direito Brasileiro vem incorporando institutos jurídicos e econômicos no anseio de criar um ambiente de negócios que viabilize a livre iniciativa e a ampla concorrência, sem descuidar de importantes bens jurídicos atingidos nas relações econômicas.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>4</sup> (OCDE) realiza estudos e recomendações na seara da análise do impacto

3 Ronald Coase, prêmio nobel em economia, foi um dos primeiros a ter destacado a importância de se considerar os custos de transação para se compreender a mecânica dos mercados, o funcionamento das firmas e a fixação do preço. Na obra “The firm, the Market and the law”, Ronald Coase explica que custos de transação seriam aqueles relacionados à pesquisa e busca de informações, barganha e tomada de decisão, poder de polícia e imposição de obrigações, conceito que teria sido cristalizado por Dahlman. “Dahlman crystallized the concept of transaction costs by describing them as “search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs”. (COASE, 1988. p.6)

4 No estudo intitulado The OECD Report in Regulatory Reform Synthesis (OECD, 1997) que, durante 2 anos, investigou como alcançar melhor desempenho econômico e qualidade regulatória nos países, concluiu-se pela necessidade do aprimoramento dos processos internos para realizar esse escopo. Dentre as possibilidades de reformas constantes do estudo, foram indicados alguns cenários em decorrência dos diagnósticos realizados nos países, a saber: revisão do sistema regulatório; desconstrução ou construção de regime jurídico regulatório; e, a gestão das instituições, bem como, a possibilidade de desregulação, parcial ou total (: OECD, 2017; p. 06)

regulatório, apontando que um país mais produtivo, inovativo e com economia flexível ocupa melhor posição de desenvolvimento quando conhece os interesses públicos, contribui com os ideais públicos mediante maior coesão social, qualidade ambiental e a atuação das pessoas. (OECD, 1997, p. 06)

O governo federal adotou as balizas da OCDE através do documento “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”, em junho de 2018, trazendo a obrigação da análise do impacto regulatório<sup>5</sup> (AIR) para as agências brasileiras. (BRASIL, 2018; KOLIEB, 2015, p. 136).

A metodologia da AIR, adotado pelo guia da casa civil (BRASIL, 2018) introduziu o pragmatismo sistêmico na resposta jurídica e trouxe como fonte metodológica a proposta do Diamante Regulatório de Kolieb (2015). O diamante regulatório tem como uma de suas premissas basilares a alteração do modelo de dissuasão (comando-controle), baseado numa regulação prescritiva, imposta pela punição, para o modelo de persuasão, a partir da teoria da regulação responsiva. Adota como *standard* a construção de ambiente colaborativo e participativo, entre o ente regulador, os agentes econômicos e os consumidores ou usuários dos serviços prestados pelo setor regulado. (BRASIL, 2018)

Esse movimento refletiu na edição da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), seguida da Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), onde se adotou a obrigação legal da AIR (artigo 6º da Lei n. 13.848/19); a determinação de se fomentar a participação no processo regulatório, através de consulta pública e audiência pública (parágrafo 4º do artigo 6º c.c. artigos 9º e 10º da Lei n. 13.848/19); a necessidade de processos inclusivos com o público e a sociedade acerca da transparência e comunicação (artigo 16º da Lei n. 13.848/19). Essa ampla reforma demonstrou a preocupação do Brasil em limitar e balizar a sua atividade regulatória, especialmente voltada para a solução de problemas regulatórios graves: (a) problemas endógenos de captura<sup>6</sup> do ente regulador e assimetria informacional<sup>7</sup> que reclamava implementação de valor e de governança (OECD, 2012); (b) problemas exógenos apresentados pela OCDE de maior abertura ao mercado global e desenvolvimento interno para ganhos de investimentos e competitividade.

5 Nesse documento, ficou assentado que a regulação setorial demanda análise de impacto regulatório, que se trata de “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos” (BRASIL, 2018, p. 21). Informa que esse processo tem como finalidade “orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes”. (BRASIL, 2018, p. 21)

6 Segundo Nohara (2017, p. 604) a *capture theory* explica o fenômeno da atuação da agência para prestigiar interesses mais imediatos de empresas dos setores regulados por causa da concentração de informações privilegiadas e, por isso, exercem pressão sobre o ente regulador que passam a regular o setor a partir de tais interesses em detrimento de interesses coletivos.

7 Já, ao comentar a assimetria informacional, Nohara (2017, p. 604) explica que se trata de tomada de decisão orientada por agentes detentores de informação e conhecimento especializados sem levar conta outros segmentos sociais.

Assim, depara-se com institutos que indicam ruptura do sistema da dissuasão promovido à persuasão que incluiu, no sistema regulatório, a linguagem do valor e da governança no lugar do poder de polícia e aplicação de multas pela “imposição de limitações administrativas previstas em lei, a fiscalização e a repressão a atividades não compatíveis com o bem-estar geral [...]”. (NOHARA, 2017, p. 602)

Demanda-se das agências reguladoras zelar pelos interesses de uma sociedade global (BRASIL, 2000), através do desenvolvimento de instituições e organizações inclusivas, participativas; ambiental e socialmente conscientes; cabendo ao Estado promover a redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais com incremento de infraestruturas de obras e serviços públicos em consonância e conformidade com a Agenda 2030 (ONUBR, 2022), da Organização das Nações Unidas (ONU)

Nessa linha, a dissuasão usada como fator coercitivo de comportamento deu lugar à cultura da persuasão rumo ao modelo regulatório responsivo (KOLIEB, 2015, p. 136), compreendido pela alteração de mentalidade, engajamento e organização da sociedade, fomentada pelo Estado. (OLIVEIRA, 2015, p. 55)

Uma das possibilidades, para que isso aconteça, é sacar de incentivos à persuasão regulatória; a inserção de incentivos ou recomendações que possam levar ao cumprimento voluntário da norma, sem a necessidade de aplicação de penalidades, bem como, aderir aos processos regulatórios de participação social democrática, no que se convencionou chamar de *soft law*, ou direito brando (OLIVEIRA, 2015, p. 55), ou ainda, a função promocional do Direito. (BOBBIO, 2007)

Antes de mais nada, é indispensável obter uma participação social ampla, efetiva, inclusiva e plural (na linha do previsto pela agenda 2030, meta 16, ONUBR, 2022), que consiga representar a cultura estabelecida pela sociedade, especialmente seus valores. Entende-se por cultura o resultado de um processo de interação e comunicação entre pessoas e grupos, que engloba o entendimento comum de significados, credibilidade e valores. A formação de um grupo cultura se dá a partir de convicções comuns, adquiridas através da aquisição do conhecimento, incluindo percepções, intuições e razões (MARCHIORI, 2008, p. 72 e 229)

Para que uma maior aproximação entre o Direito e a Sociedade ocorra de forma emancipatória e represente efetivamente a cultura institucionalizada, mister que essa participação social seja interativa e qualificada, para que construa novos sentidos comuns, com reflexividade e adesão por parte da sociedade. Consequentemente, para reduzir a distância entre o antes e o depois, há que se possa ter, no processo, claramente, o “objetivo, o grupo alvo e a melhor forma para a consulta pública” (BRASIL, 2018) e, para isso, nesse sistema, as Agências devem ser proativas no contato com os

atores relevantes, agências, órgãos e entidades. (CHAMUSCA, *et. al*, 2020; BRASIL, 2018)

Nos estudos da comunicação, resta estabelecido uma ruptura paradigmática: comunicação não é transmissão de informação de um ponto a outro, de um emissor a um receptor; ambos constroem o significado a partir de suas concepções previamente estabelecidas, por suas experiências e pela cultura em que estão contextualizados. Além disso, emissor e receptor influenciam-se mutuamente, construindo, juntos, o significado, através da interação social, que é “dinâmica, interligada, reflexiva e simultânea (MARCHIORI, 2008, p. 191).

Ademais, é essencial que a participação represente uma significativa parcela dos indivíduos e organizações impactadas, para que, muitos pontos de vista sejam colocados à mesa e o resultado venha em benefício de toda a sociedade<sup>8</sup>.

Veja-se um exemplo. Em estudo prévio para a minuta do novo modelo regulatório, realizada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)<sup>9</sup>, diagnosticou-se o baixo índice de conformidade interna (53%) e alto nível de atuação dissuasória caracterizada pela aplicação de inúmeras multas e a necessidade de maior participação e flexibilidade no desenvolvimento da regulação de produtos e serviços. (COSTA *et. al*, 2019)

Para a alteração do modelo regulatório, o INMETRO abriu processo de consulta pública, através da Portaria n. 30, de 25 de fevereiro de 2022. O modelo de consulta realizado não propicia uma interação multidimensional, com influência recíproca e construção de ideias. Ademais, as contribuições catalogadas pela consulta<sup>10</sup> ainda revelam a falta de pluralidade significativa, com representação não igualitária dos diversos impactados pela regulação. Apesar da participação na construção do novo modelo regulatório do INMETRO ter contado com diversas associações, federações e sindicatos da indústria, além de empresas e pessoas físicas, houve ausência significativa de instituições vinculadas aos demais *stakeholders* para além do regulador e setor regulado.

8 Usa-se, na presente pesquisa, o termo sociedade como conceito macro, inclusivo de todos os cidadãos usuários dos serviços públicos. Todavia, a distinção conceitual de sociedade civil decorre da esfera de interação social entre economia e Estado, incluindo esfera íntima (família), associativa (voluntárias); de movimentos sociais e comunicação pública. Já o terceiro setor, as organizações da sociedade civil que institucionalizam discursos sobre a solução de problemas de interesse da população dentro da esfera pública (BRELÁZ, 2007).

9 Recentemente, o INMETRO publicou proposta de novo modelo regulatório, precedido de análise de impacto regulatório, demonstrado pela Nota Técnica nº 4/2020/Diqre/Dconf-Inmetro, baseado em estudo prévio também realizado no seu âmbito. (COSTA *et. al*, 2019, p. 67)

10 Nessa linha, uma das contribuições ofertadas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) enfatizou, no tocante à vigilância de mercado, a necessidade de “ações de capacitação dos envolvidos na implementação do modelo, bem como dos mais diretamente afetados, incluindo outros órgãos de governo, o setor privado e outros atores relevantes da sociedade civil” (INMETRO, 2022, p. 605). Ou seja, é indispensável uma intensa interação entre todos os atores econômicos objeto da regulação para uma maior compreensão do novo modelo.

Nesse viés, a não preocupação com a efetiva troca de ideias, construtiva, bem como a efetiva participação da pluralidade dos impactados, pode minar com a redução das externalidades negativas pretendida pelo INMETRO, a partir do desenvolvimento tecnológico em cenário de não adoção de diretrizes protetivas para os *stakeholders*, “especialmente aqueles afetados negativamente pela atividade empresarial”. (FRAZÃO, 2021)

Em sentido contrário, destaca Rafael Oliveira que houve uma evolução na condução de audiências públicas. Ainda que módico, percebe-se o “processo de amadurecimento crescente da realização de audiências públicas” (2015, p. 252), mas o engajamento social e a efetiva participação não são realidade em boa parte delas porque, quando da preparação para o ato público, a falta de zelo em se garantir que todos os grupos impactados estejam representados, ainda que não sejam organizados e tenham condições e manifestem opiniões, acaba prejudicando a eficiência do ato e, nisso se deve centrar esforços para atender a pluralidades dos grupos afetados. (OLIVEIRA, 2015, p. 252)

No aspecto de alcançar maior pluralidade, a sociedade brasileira não tem estabelecido organizações da sociedade civil que viabilizem um retrato mais aproximado da verdadeira sociedade, o que resta demonstrado pelos estudos e dados sobre a organização da sociedade civil.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) possui algumas pesquisas sobre a existência e as atividades relacionadas às Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil (FASFIL), sendo que a última pesquisa realizada foi em 2016, e revelou a redução de dezessete por cento (17%) das organizações civis, desde 2010. (IBGE, 2016)

Outra base de pesquisa é a do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Em estudo sobre as Organizações da Sociedade Civil (OSCs), tendo destacado a existência de 781.921 OSCs no Brasil. Nesse levantamento, constatou-se, entretanto, que apenas Organizações Sociais (OS) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) podem estabelecer parcerias e receber benefícios dos governos e órgãos públicos. Do total de OSCs, apenas 1.114 são OS e 7.046 são OSCIPS, sendo que 37,97% delas se encontram na região sudeste. Demonstrou-se, também, que 90% das OS e OSCIPS foram criadas entre 2011 e 2018. (ESCUDEIRO *et. al*, 2020)

Os dados do IPEA revelam um problema consistente, quando demonstra que, das mais de 700 mil OS, apenas 7 mil recebem recursos do Governo, ou seja, apenas 10% recebem recursos para o adequado fomento de suas atividades. (ESCUDEIRO *et. al*, 2020, p. 7)

Quando todos os interesses estão devidamente representados, participando da construção de políticas públicas e das atividades regulatórias do Estado, configura uma influência saudável, ainda que chame essa ação de

*lobby*<sup>11</sup>. Como destaca Gabriela de Breláz (2007, p. 5), nos Estados Unidos, o engajamento e participação associativa em organizações da sociedade civil é uma realidade comum, tendo em vista o importante papel exercido para a influência no desenvolvimento de políticas públicas e na edição das leis, o que é chamado de *advocacy* ou *lobby*<sup>12</sup>.

Levando-se em conta a premissa econômica da teoria da racionalidade, o indivíduo reage a incentivos e busca agir em conformidade com seus interesses, sejam egoístas ou altruístas (SALAMA, 2010, p. 10). No tocante à vontade de participar da construção da regulação, a teoria da escolha pública revela que o indivíduo tende a investir na busca da informação e no seu engajamento e participação, na medida em tal interferência possa alterar o resultado (retorno), levando em conta o investimento na margem (custo)<sup>13</sup>. Nessa linha, quando o indivíduo percebe que a sua colaboração vai ter pouca influência no resultado, acaba por não impingir grande esforço na busca por informação para tomar a melhor decisão, dado que o seu *pay off*<sup>14</sup> é baixo. (DOWNS, 1957, p. 133)

Segundo Ronaldo Fiani (2011, p. 114), é através da teoria dos jogos que é possível compreender que os incentivos estabelecidos alteram o comportamento das pessoas<sup>15</sup>, as quais podem estabelecer estratégias dominantes a partir de escolhas que não gerem maior benefício individual<sup>16</sup> ou coletivo, levando-se ao empobrecimento.

Resta bem estabelecido a dificuldade em se obter participação qualificada, em processo interativo, que propicie ganho de valor na participação. A autoridade reguladora tem, assim, dificuldade de contar

11 Ao mesmo tempo que certos grupos, não organizados, não conseguem participar de procedimentos do seu interesse, outros grupos, de maior força econômica, podem obter vantagem na influência sobre esses atos. Assim, uma participação heterogênea da sociedade pode ter efeito deletério, quando um grupo de indivíduos se organiza para atuar e influenciar em benefício próprio, sem representatividade de todos os interesses relacionados, buscando manter privilégios ou atividades geradoras de renda. (TULLOCK, 2005)

12 O termo *advocacy* é aplicado quando a organização social busca moldar a percepção pública ou alcançar mudanças; já, o *lobby*, mais voltado para influenciar a legislação. (BRELÁZ, 2007)

13 Exemplo disso seria a vontade do eleitor em obter maiores informações sobre os candidatos que disputam as eleições e, como o seu voto não irá alterar o resultado das eleições, a tendência é não se fazer considerável investimento em tempo e recursos para conhecer os candidatos (DOWNS, 1957, p. 135). No mesmo sentido, o ato de participar de audiências e consultas públicas. Caso o indivíduo entenda que a sua participação não irá alterar o resultado ou, que esse resultado não irá impactar na sua esfera individual, não despenderá tempo e recursos para a participação.

14 *Pay off* é o resultado/ganho esperado pelo jogador em uma combinação possível de estratégias a serem escolhidas (HILBRECHT, 2014, p. 117).

15 Mancur Olson destaca que existe uma variedade de instituições e organizações que representam grupos de interesses e que a maior parte são inativas; que grupos grandes não geram incentivos para a participação, uma vez que o esforço do indivíduo não seria recompensado, uma vez que prefere esperar ser beneficiado pela carona. Assim, grupos grandes acabam sendo apenas latentes, dependendo de incentivos para que se concretizem e se mobilizem efetivamente (OLSON, n. 2015, p. 64).

16 Ademais, como variável a esse processo de ausência de engajamento, participação e controle social que se pretende resolver, Daniel Khaneman (2011, p. 53) destaca que as pessoas acabam internalizando ideias com base em vieses cognitivos, dissociados da realidade ou da probabilidade estatística, em razão de algumas experiências próprias recentes ou mesmo de terceiros, através de notícias da imprensa; pelo senso comum. A possibilidade de que as pessoas adotem comportamentos que não gerem valor, baseados em processos heurísticos de informação desqualificada, é substancial para impedir esse valor e governança regulatória alcançarem seu desiderato de participação social qualificada. (BRASIL, 2018)

com todos os envolvidos, como as empresas (agentes econômicos), os consumidores, as associações, os sindicatos, outros órgãos de governo, órgãos de imprensa etc. (BRASIL, 2018, p.28).

Isso significa dizer que há responsabilidade atribuída a todos para que esse sistema normativo funcione e, no caso, por parte do ente regulador, o dever maior de desenvolver políticas, programas e incentivos; de outro, por parte da sociedade, o interesse, engajamento e responsabilidade em adquirir a informação, organizar-se e participar, ativamente, na tomada de decisão de seus interesses. Nesse sentido, a pesquisa pode contribuir ao apontar o caminho, como se passa a expor.

## **2. O ESTADO COMO PROMOTOR DA CULTURA INSTITUCIONAL DA PERSUASÃO: RUMO À EFETIVA PARTICIPAÇÃO SOCIAL QUALIFICADA E INTERATIVA**

Na perspectiva da pesquisa, o caminho aponta na direção de que a participação social qualificada “sobressai principalmente pela criação de conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a Agência e o administrado interessado” (ARAGÃO, 2009, p. 437). Essa perspectiva está intimamente conectada com a regulação responsiva (KOLIEB, 2015) adotada pela Lei nº 13.848/19. Isso implica adotar programa de governamentalidade (PELLIN; ENGELMANN, 2021) que promova, com a educação inclusiva e os incentivos, a participação, já que o órgão regulador está em posição de poder em relação ao administrado.

Em Douglas North (1991, p. 97) se compreende que uma maior cooperação entre as pessoas ocorre quando elas estão perfeitamente informadas, encontram-se em pequenos grupos e estabelecem relações repetidas, com prazo indefinido, no futuro. Em grupos maiores, percebe-se uma maior tendência ao dilema do prisioneiro<sup>17</sup> e a criação de condutas oportunistas (*free riders*), deixando-se para que outro faça e gaste energia com a cooperação. Para a colaboração em grupos maiores, é necessário criar uma gama de incentivos e de benefícios para tanto.

A alteração das instituições formais, ou seja, sua estrutura, a exemplo da Lei nº 13.848/19, não tem o condão de, por si só, modificar o comportamento da sociedade. Enquanto as normas podem ser alteradas da noite para o dia como resultado da ação do legislador ou das Agências Reguladoras, as instituições informais levam mais tempo para compreender e incorporar novos

<sup>17</sup> Como explica Ronald Hilbrecht (2014, p.119), “um jogo onde ambos (ou todos) os jogadores têm estratégias dominantes é conhecido como “dilema dos prisioneiros”. Quando dois cúmplices de um crime são colocados em salas separadas e lhes é oferecido a oportunidade de confessar, acabam por optar pela estratégia de confessar (estratégia dominante), ainda que não confessar pudesse ser de maior ganho (pay off), mas que depende da ação do outro indivíduo (também não confessar). Como não tem como saber, por certo, qual a ação que vai ser tomada pelo outro e por receio da ação do outro indivíduo, acaba confessando.



paradigmas no conjunto de costumes, tradições e códigos de condutas dos indivíduos, formando um caminho da dependência. (NORTH, 1990, p. 6)

Para que haja maior adesão às instituições formais pela sociedade, na construção das linhas de regulação de conduta, cabe uma leitura dos anseios coletivos e do que as instituições informais, *locus* da sociedade, esperam e podem aderir com naturalidade, tendo em vista a incorporação do que já é praticado em termos de convívio e de formação de facilitadores que sejam tidos como bom para todos que, segundo Rachel Sztajn “é empregada para indicar costumes ou estruturas sociais que modelam práticas aceitas e respeitadas em determinada comunidade ou núcleo social”. (SZTAJN; AGUIRRE, 2005, p. 228)

No atual estágio regulatório, a legislação estabeleceu a necessidade dessa ampla participação, no entanto, os incentivos ainda não estão bem estabelecidos para valer o esforço de se colaborar (sic). Só a disponibilização eletrônica da chamada pública não é suficiente.

A persuasão passa por uma leitura do padrão cultural da sociedade, que somente é possível através da interação direta, entre grupos organizados. Como destaca a literatura da comunicação, “o processo de cultura é a construção e compartilhamento de significados, o que envolve comunicação”; adota-se um modelo construtivista, onde “a cultura deve ser continuamente construída por meio da comunicação” (MARCHIORI, 2008, p. 251)

Nesse sentido, sendo a cultura um conjunto de valores, crenças e significados compartilhados, a leitura dessa cultura, assim como a sua mudança, requer um processo comunicativo eficiente (MARCHIORI, 2008, p. 108). Para se alterar uma cultura, é indispensável uma interação dialógica, uma vez que é “por meio do diálogo que indivíduos e grupos recriam e negociam identidade, interesse e significado” (MARCHIORI, 2008, p. 201)

Assim, a relação de persuasão é construída como “uma interação social, na qual os comportamentos emitidos por uma das pessoas envolvidas estabelecem, mantém, suprimem ou mudam, efetivamente, o comportamento de outra (s) pessoa (s)”. (LÉ SÉNÉCHAL-MACHADO, 1997, p. 29)

Recentemente, como exemplo, o INMETRO estabeleceu, através da Portaria n. 313/2022, a nova política institucional de inovação, destacando um sistema de envolvimento do instituto com os processos de inovação, o que denota a criação de um sistema de interação dialógico e participativo entre a indústria e o governo (INMETRO, 2022). A autarquia apresenta diversos projetos de inovação, com relacionamento e engajamento da indústria, proporcionando, inclusive, infraestrutura para a promoção da inovação no país, como no caso do laboratório de teste de baterias para carros elétricos (INMETRO, 2021).

Com essas considerações, percebe-se que uma comunicação efetiva, multidimensional, de forma interativa, é a chave para se estabelecer uma

participação colaborativa e eficiente; a comunicação deve ser aquela estabelecida através do paradigma relacional, ou seja, saindo do padrão linear de transmissão da informação entre emissor e receptor, para o padrão comunicacional de mútua influência e construção entre regulado, impactados e reguladores (OLIVEIRA, 2012, P. 37). A efetiva comunicação e participação é o pilar da coerência política para o desenvolvimento sustentável (THORSTENSEN, 2020, p. 242).

Fazendo-se um paralelo entre fluxos comunicacionais desenvolvidos, na teoria da comunicação, para a relação entre governo e cidadão (NOVELLI, 2006, p. 86), corroborado com a preocupação da OCDE (participação, através do fornecimento de “informações, consultas e via interação”), adaptando-se para a comunicação entre regulador e impactados pela regulação, pode-se replicar os seguintes modelos de fluxos:

#### **Fluxo comunicacional entre Regulador, Regulado e Sociedade**

**1. Informação: relação de mão única em que uma parte apenas fornece informações a outra.**

**Estado Regulador →**

**Impactados pela regulação**

**2. Consulta: relação de mão dupla, em que uma parte oferece feedback, a partir de temas definidos previamente.**

**Estado Regulador**



**Impactados pela regulação**

**3. Participação ativa: relação de parceria, em que ocorre o engajamento entre organizações e pessoas, com papel propositivo amplo.**

**Estado Regulador →**

**Impactados pela regulação**

Fonte: adaptado de NOVELLI, 2006, p. 86

O modelo de fluxo comunicacional configura uma maior interpenetração entre as organizações e sistemas; permite uma inter-relação de proximidade através da comunicação, promovendo um relacionamento interativo e participativo entre todos (NOVELLI, 2006, p. 86). Assim, não basta informar e consultar; é importante chamar à participação, através de interação entre interlocutores.

Confirmando essa perspectiva, a persuasão, vista como exercício de influência, “efetiva-se pelo uso de mecanismos generalizados de interação social, através dos quais, atitudes e opiniões são mudadas”. (LÉ SÉNÉCHAL-MACHADO, 1997, p. 28). Nesse sentido, mudar opiniões é basicamente

“criar, no outro, emoções ainda não existentes, procurando evocar ou estimular as atitudes adequadas a um objetivo específico, atitudes essas que são, usualmente, apreendidas no convívio social” (LÉ SÉNÉCHAL-MACHADO, 1997, p. 28).

Cass Sustein (2011, p. 6) sugere que os governos devem desenvolver o que se chama de paternalismo libertário ao criar arquitetura decisória que favoreça a tomada das melhores decisões, com geração de valor em nível individual e coletivo. Nesse sentido, a criação de incentivos (*nudges*) para conduzir o comportamento na aproximação da realidade científica e embasada na realidade social, com geração de valor social e coletivo, seria uma adequada diretriz, indo no sentido do escopo da AIR e da Lei nº 13.848/19.

Vale destacar que a relação entre a Administração Pública e as OSCs foi objeto de renovação do marco regulatório em 2014 (Lei nº 13.019/2014, alterada pela Lei nº 13.204/2015). A legislação especifica várias formas de estabelecer cooperação entre o Estado e as OSCs. Dentre diversos institutos, a parceria como relação jurídica estabelecida formalmente, em regime de mútua colaboração, para consecução de finalidades de interesse público e recíproco, é a forma como esse subsistema se organiza; prevê diversas formas de cooperação, como planos de trabalho, acordos, fomento, termos de colaboração, comissões, entre outros.

A partir da efetiva participação social qualificada seria possível o início do processo de conversações deliberativas mediante exercício da barganha e controle sobre os riscos de cooptação pelo mais forte na disputa. Nisso residem os pontos positivos de legitimação das decisões e pluralidade de ideias, aumentando o escopo de possibilidades e alternativas, viabilizando uma maior inovação e representatividade de minorias, diluindo interesses individuais. (BRELÁZ, 2007, p. 5)

E não é só. Em decorrência dessa mudança estrutural e a necessidade de fazer funcionar esse sistema e reduzir a distância entre a estrutura montada pela Lei e a sua funcionalidade, há a necessidade de a autoridade regulatória se importar em proteger a sociedade ao promover ações que oportunizem o equilíbrio institucional entre as fontes formais e as informais (SZTAJN; AGUIRRE, 2005), estimulando-a à participação social nas disputas econômicas mediante a intervenção na tomada de decisão regulatória. Essa proteção e estímulo à participação social aprimora a estabilização da democracia e do desenvolvimento econômico (PORCILE; SANCHEZ-ANCOCHEA, 2020) e, por isso, importa ao ente regulador assumir o protagonismo nesse processo de incentivos e desenvolvimento das capacidades participativas para além da instrumentalidade.

Outro ponto importante na promoção da inclusão qualificada é a utilização das tecnologias de comunicação e informação (TICs) na elaboração e desenvolvimento de políticas públicas e escolhas regulatórias, especialmente

sobre a forma da participação social através dos meios de comunicação interativos e simultâneos.

A metodologia da AIR menciona como meio de comunicação e operação desse sistema regulatório as TICs como plataforma de participação social nas audiências e consultas públicas a fim de promover o diálogo e a consulta aos atores externos, cuja finalidade é reduzir a assimetria informacional e legitimar a tomada de decisão regulatória; no entanto, o modelo é limitado, demandando-se um sistema de interação construtivo, que possibilite influências mútuas e elaboração coletiva de ideias. Cabe ao órgão regulador definir a melhor forma de alcançar o público, utilizando canais que facilitem a participação e, dentre eles, as plataformas eletrônicas ou outros meios de comunicação, com linguagem simples e acessível. (BRASIL, 2018, p. 30). Um grande exemplo dessa utilização é a plataforma consumidor.gov, que permite o fluxo informacional entre governo e cidadãos.

Isto porque a comunicação em rede acabou promovendo o cenário de desenvolvimento da democracia digital na sociedade, com formação de novas identidades coletivas; uso da internet para expressão de opinião e avaliação de atividades políticas por movimentos sociais e significativa redução do custo de participação (CASTELLS, 2011; p. 565; MAGNO *et. al*, 2021). Esse cenário reclama do ente regulador a conduta proativa na adoção dos incentivos e políticas no sentido de gerir esse espaço inclusivo de participação social para melhoria do desenvolvimento, consolidando o sistema da persuasão e, sói então, consolidar o sistema democrático de coesão social nos processos regulatórios que, neste momento, reclamam educação, inclusão e organização civil.

Por fim, todas essas ponderações demonstram que o fomento à participação efetiva, com engajamento e colaboração, demanda um esforço de planejamento e coordenação, voltados para a melhoria comunicacional. Necessário que as agências façam gerenciamento dessa comunicação, no âmbito das suas relações públicas, administrando os diversos relacionamentos com o fim de legitimar suas decisões e sua própria existência (MARCHIORI, 2008, p. 222)

## **CONCLUSÃO**

O Brasil caminha para a alteração de modelo regulatório, com mudança do paradigma comando e controle para o da responsividade e participação. Tal mudança de paradigma jurídico vem acompanhada pelas recomendações da OCDE, compromissos globais do país e respectiva agenda de desenvolvimento interno e impacto externo.

Contudo, como visto, há uma distância considerável entre o sistema construído e o seu funcionamento, em especial, no quesito de participação

social em audiências e consultas públicas, que representam os consolidados instrumentos de inclusão da sociedade no acento das discussões e tomadas de decisão regulatórias. Mas isso, só possível, mediante a organização dos interesses coletivos homogêneos, a fim de que todos possam compor a rodada e sejam legitimamente atingidos pela regulação e, com isso, as cumpra pelo valor e governança da persuasão, ou seja, o modelo de regulação responsiva funcione e traga resultados positivos, empoderando-se tanto da construção quanto da execução das regras, do controle, da fiscalização da execução do serviço e ou obra pública.

Essa distância, enquanto problema de pesquisa, causada pela ausência de empoderamento social de regras jurídicas contidas na Lei nº 13.848/19, contudo, pode ser resolvida, caso as próprias Agências Reguladoras, assumindo o compromisso, engajando-se e efetivando políticas de comunicação, informação, educação cujo resultado seja a inclusão voluntária da sociedade na participação desses processos e atividades da Administração Pública, coloque esse sistema par funcionar, cuja expectativa de coesão social é gerar indicadores de melhor desenvolvimento e realização do programa constitucional.

Nesse sentido, contudo, essas práticas para a persuasão da sociedade devem encampar não só a formalidade, mas a proatividade em programas que contenham incentivos comportamentais com ganhos significativos, como visto.

No entanto, para que haja efetiva participação da sociedade na elaboração e implementação da regulação estatal, com maior índice de conformidade e persuasão, é necessário, também, incentivar a formação de OSCs que representem pontos dissonantes na construção da ideia, evitando a baixa participação ou a captura por apenas um lado dos interessados.

A simples abertura de processo de consulta ou audiência pública tem revelado baixa adesão ou participação efetiva apenas das organizações com condições econômicas de se fazerem presentes, tendo em vista o custo da obtenção de informações, de participação efetiva e a baixa possibilidade de interferência no resultado.

Para a formação de uma arquitetura decisória que incentive os indivíduos ao padrão de excelência civilizatória com participação, engajamento e responsabilidade sobre a atividade da Administração Pública, posto que seu destinatário, parece adequada a formação de grupos organizados, com destaques em formatos menores, interligados por grupos maiores, o que pode gerar uma confiança e sentimento de pertencimento e impacto sobre a inclusão e educação, cujo protagonismo desse processo pertence às Agências Reguladoras.

Ademais, as agências devem estabelecer um maior profissionalismo no gerenciamento da comunicação, especialmente no âmbito das relações públicas, como gestor dos relacionamentos, que promova diálogo interacional,

pensando na comunicação como construtora da realidade das organizações e da sociedade, como da própria cultura a que se quer modificar.

## REFERÊNCIAS

AMÓS, Karin. Governança e governamentalidade: relação e relevância de dois conceitos científico-sociais proeminentes na educação comparada. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v. 36; n.especial; 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ep/v36nspe/v36nspea03.pdf> Acesso em 03/04/2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos do. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à Função: novos estudos de Teoria do Direito*. (Trad. Daniela Beccaccia Versiani). São Paulo: Manole, 2007.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657/1942*. Brasília: Presidência Da República: Casa Civil, 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm) . Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório - AIR (PDF)*. Brasília: Presidência Da República: Casa Civil, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo\\_final\\_27-09-2018.pdf/view](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view). Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência Da República: Casa Civil: Subcheia para Assuntos Jurídicos, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.874/2019 (b)*. Brasília: Presidência Da República: Casa Civil: Subcheia para Assuntos Jurídicos, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm). Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.848/2019 (a)*. Brasília: Presidência Da República: Casa Civil: Subcheia para Assuntos Jurídicos, 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde*. Brasília: MCT, 2000. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/handle/1/434?mode=full>. Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guiaorientativo\\_final\\_27-09-2018.pdf/view](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guiaorientativo_final_27-09-2018.pdf/view). Acesso em 31/8/2021.

BRELÁZ, Gabriela de. Advocacy das Organizações da Sociedade Civil: principais descobertas de um estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos. *Encontro da ANPAD*. Rio de Janeiro: Anpad, 2007. p. 1-16. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-A1916.pdf>. Acesso em 14/12/2021.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da Decisão Tributária*. São Paulo: Almedina, 2018.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, sociedade e cultura*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. Transformações Contemporâneas no Estado Brasileiro: macrorreformas ou inovações incrementais na era da governança. In: CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos. *Reformas do Estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2020. Cap. 1. p. 555-580.

CHAMUSCA, Roberta de Freitas et al (org.). *Análise de Impacto Regulatório do Regulamento Geral*: nota técnica nº 4/2020/diqre/dconf-inmetro. Rio de Janeiro: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/air-regulamento-geral-fase-1-nota->. Acesso em 27/07/2021.

COSTA, Raimisson R. Ferreira. et al. *Novo Modelo Regulatório para o Inmetro*: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. 176 p. Disponível em: <https://www.inmetro.gov.br/sites/default/files/media/file/novo-modelo-regulatorio-v02.pdf>. Acesso em 18/08/2021.

DODGSON, Mark. Collaboration and Innovation Management. *Oxford Handbooks Online Collaboration*. Inglaterra: Oxford University Press, 2014. p. 1–14. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199694945.013.003

DOWNS, Anthony. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *The Journal of Economics Perspectives*, Nashville, v. 65, n. 2, p. 135-150,

abr. 1975. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1827369>. Acesso em 14/12/2021.

ESCUDEIRO, Camila et al. *Perfil das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em Atividade no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/201230\\_ri\\_perfil\\_organizacoes.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/201230_ri_perfil_organizacoes.pdf). Acesso em 14/12/2021.

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e Conflito*: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Oi fecha acordo com a ANATEL de 7,2 bilhões de reais*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/oi-fecha-acordo-com-anatel-de-r-72-bilhoes-metade-da-divida-original.shtml>. Acesso em 14/12/2021.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FRAZÃO, Ana. *Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG*. Considerações sobre o tema após 50 anos da publicação do artigo seminal de Milton Friedman. São Paulo: Jota, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-4-19052021?amp>. Acesso em 06/07/2021.

\_\_\_\_\_. Liberdade Econômica para quem? A Necessária Vinculação entre a Liberdade de Iniciativa e a Justiça Social. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al (org.). *Lei de Liberdade Econômica: e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 89-121

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115-138.

INMETRO. *Consulta Pública INMETRO n. 08, de 25 de março de 2021 – Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro*. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/assuntos/regulamentacao/modelo-regulatorio-do-inmetro/02-consulta-publica-8-2021-por-instituicao.pdf>. Acesso em 05/04/2022



\_\_\_\_\_. *Inmetro atualiza política de inovação*. Rio de Janeiro: INMETRO, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/inmetro-atualiza-politica-de-inovacao>. Acesso em: 21/10/2022

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*. São Paulo: Objetiva, 2011.

KOLIEB, Jonathan. When to Punish, when to persuade and when to reward strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. *Monash University Law Review*, 41(1), 2015; p. 136-162. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/285591286> Acesso em 28/03/2022.

LEITE, Douglas. O papel do estado regulador diante do advento das inovações tecnológicas disruptivas. In: GUERRA, Sergio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. volume IV. Curitiba: Juruá, 2020. p. 63-86.

LÉ SÉNÉCHAL-MACHADO, Ana Maria. O processo de persuasão e o comportamento de persuadir. *Psicologia: Ciência e Profissão* [online]. 1997, v. 17, n. 3; pp. 28-34. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98931997000300005>>. Epub 20 Set 2012. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98931997000300005>. Acesso em 3/04/2022

MAGNO, Thaíssa Souza do Carmo *et al.* Influência das Tecnologias da Informação e Comunicação na Participação Social em Políticas Públicas. In: EBAP., 8., 2021, Brasília. *Encontro Brasileiro de Administração Pública - EBAP*. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2021. p. 1-16. Disponível em: <https://sbap.org.br/ebap/index.php/home/article/view/46>. Acesso em 14/12/2021.

MARCHIORI, Marlene. *Cultura e Comunicação Organizacional*. Um olhar estratégico sobre a organização. 2ª ed. São Caetano: Difusão Editora, 2008.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL (ONUBR). *Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil*. Brasília, 2022. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> Acesso em 13/03/2022.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Altas, 2017.

NORTH, Douglas C. *Institutions. The Journal of Economics Perspectives*, Nashville, v. 5, n. 1, p. 97-113, jan. 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1942704>. Acesso em 14/12/2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo Perfil da Regulação Estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Retrato Econômico do Brasil*. BRASIL 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/economy/retrato-economico-do-brasil/> Acesso em 05/08/2021.

ORGANIZATION FOR CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy And Governance*. Paris: OECD: 2012., disponível em OECD: Better Policies for Better Lives: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/recommendation-of-the-council-on-regulatory-policy-and-governance-9789264209022-en.htm> Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *Preventing Policy Capture: integrity in Public Decision Making*. OECD: Publishing, 2017. Disponível em doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264065239->em Acesso em 13/03/2022.

\_\_\_\_\_. *The OECD Report on Regulatory Reform*. OECD: iLibrary, 1997. Disponível em doi:<https://doi.org/10.1787/9789264189751->em Acesso em 13/03/2022.

PELLIN, Daniela. *A autorregulação regulada da Tríplice Hélice: a estruturação para a boa governança em nanociência e nanotecnologia*. Meritius: NOVA Edições Acadêmicas, 2019.

PELLIN, Daniela; ENGELMANN, Wilson. A governamentalidade aplicada aos empreendimentos nanotecnológicos. *Latin American Journal Development*. Curitiba, v. 3; n.3; p. 1301-1321; mai-jun 2021. Disponível em doi:10.46814/lajdv3n3-024 Acesso em 03/04/2022.

PORCILE, Gabriel; SANCHEZ-ANCOCHEA, Diego. Institutional change and political conflict in a structuralist model. *Production Development Series n. 224*. Santiago: UNITED NATIONS: ECLAC, 2020. Disponível em <https://www.cepal.org/en/publications/type/series> Acesso em 27/03/2022.

RIBEIRO, Bruno Martins Guedes. *Reflexões sobre o modelo brasileiro de intervenção econômica: entre o estado empresário e o estado regulador*. In GUERRA. Sérgio. Teoria do Estado Regulador. Vol. IV. Curitiba: Juruá, 2020. p. 52

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia*. Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9-57.

SUNSTEIN, Cass R. Interest-Group Theories of Regulation: A Skeptical Note. [S.l.]: SSRN *Electronic Journal*, 2021. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3829993>. Acesso em 18/08/2021

SUNSTEIN, Cass. Behavioral Economics, Consumption, and Environmental Protection. USA: SSRN Electronic Journal, 2011; p. 1-29. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2296015> Acesso em 20/11/2021

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças Institucionais. In ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; p. 228-243.

TULOCK, Gordon. The rent-seeking Society. *The selected work of Gordon Tullock*. Volume 5. USA: Liverty Fund: 2005.

THORSTENSEN, Vera; ARIMA JR, Mauro Kiithi (coord/org). *O Brasil como Visto pela OCDE*. Disponível em: [https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/CCGI\\_Brasil%20como%20visto%20pela%20OCDE\\_jul\\_2020.pdf](https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/CCGI_Brasil%20como%20visto%20pela%20OCDE_jul_2020.pdf). Acesso em 17/3/2022.

VALERA, Carlos Maldonado; ROJAS, Varinia Tromben; CEA, Catalina; SARRAZIN, José Ignacio Suárez. Panorama de la cohesión social en America Latina y el Caribe. *Documentos de Proyectos*. Santiago: UNITED NATIONS: CEPAL, 2021. Disponível em <https://www.cepal.org/es/publications> Acesso em 27/03/2022.

RECEBIDO EM: 08/12/2022

APROVADO EM: 12/06/2023

DOSSIÊ

**MÍNIMO SOCIAL OU RENDA BÁSICA  
UNIVERSAL PARA CIDADÃOS COM  
DEFICIÊNCIA?  
REFLEXÕES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO  
DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS,  
PHILIPPE VAN PARIJS E RONALD  
DWORKIN**

*SOCIAL MINIMUM OR UNIVERSAL BASIC  
INCOME FOR CITIZENS WITH DISABILITIES?  
REFLECTIONS ON THE DISTRIBUTION OF  
JUSTICE IN JOHN RAWLS, PHILIPPE VAN PARIJS  
AND RONALD DWORKIN*

*Anna Caramuru Pessoa Aubert<sup>1</sup>*

*Ana Paula Barbosa-Fohrmann<sup>2</sup>*

1 Professora de Direitos Animais na Escola Superior de Ecologia Integral, Justiça e Paz Social. Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil), Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e Pós-graduada em Direitos Animais pela Universidade de Lisboa. Pesquisadora no Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos (NTDH) da UFRJ. Diretora acadêmica do Centro de Estudos Animalistas (CEA). Diretora administrativa da Associação Nacional de Advogados Animalis.

2 Professora Adjunta de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito e Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil). Doutora e Pós-doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. John Rawls: Princípio Da Diferença e a Distribuição do Mínimo Social. 2. Philippe Van Parijs: Princípio da Solidariedade e a Distribuição da Renda Universal Incondicionada. 3. Ronald Dworkin: Cidadania e a Distribuição de Justiça Por Meio dos Princípios da Igualdade Material e da Fraternidade. Conclusão. Referências

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é verificar como se dá a participação política de pessoas com deficiências nos quadros teóricos de John Rawls, Philippe van Parijs e Ronald Dworkin, analisando-se em que medida tais pessoas podem ser consideradas cidadãos. Nesse sentido, indaga-se até que ponto um indivíduo com deficiência em termos gerais e, mais especificamente, com deficiência cognitiva ou psicossocial, pode ser considerado, nos referidos quadros teóricos, destinatário da distribuição de justiça por meio do princípio da diferença e do mínimo social em Rawls, do princípio da solidariedade da renda básica universal incondicionada em Parijs, e dos princípios da igualdade material e da fraternidade em Dworkin. Como conclusão, constatar-se-á a possibilidade de se fazer uma leitura inclusiva de suas teorias, de um modo a abarcar pessoas com quaisquer tipos de deficiências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Deficiência. Cidadania. Renda Básica Universal. Distribuição de Justiça. Fraternidade. Igualdade. Solidariedade.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to verify how people with disabilities participate politically in the theoretical frameworks of John Rawls, Philippe van Parijs and Ronald Dworkin, analyzing to what extent such people can be considered citizens. In this sense, what is at stake is determining to what extent a person with a disability, in general, and, more specifically, with a cognitive or psychosocial disability, can be considered, in the aforementioned theoretical frameworks, recipient of the Distributive Justice through the Difference Principle and the Social Minimum in Rawls, the principle of solidarity of an unconditional universal basic income in Parijs, and the principles of equal importance and fraternity in Dworkin. In conclusion, it will be possible to verify the viability of an inclusive understanding of such theories, in a way to include people with all kinds of disabilities.

**KEYWORDS:** Disability. Citizenship. Universal Basic Income. Distribution of Justice. Fraternity. Equality. Solidarity.

## INTRODUÇÃO

Historicamente, na Grécia Antiga, a cidadania vinculava-se à ideia de autonomia, de autogoverno e de autodeterminação da coletividade. O exercício da cidadania limitava-se aos homens livres, que tinham o direito de participar do debate político porque contribuía, por exemplo, por meio do serviço militar, para o fortalecimento da cidade-Estado. São esses os cidadãos que podiam participar do governo da cidade (Cf. MARSHALL, 1998, p. 71-72).

O conceito foi ampliado no contexto dos Estados modernos, sobretudo, durante as Revoluções Liberais Francesa e Americana. Gradualmente, a cidadania foi sendo identificada com a afirmação do indivíduo frente ao Estado, na medida em que ele passa a ter direitos e obrigações, os quais também devem ser respeitados e protegidos pelo poder Estatal. O limite da ação estatal passa a ser, em outros termos, determinado pela não-interferência na esfera de ação individual, a qual se encontra protegida contra os abusos do poder do Estado.

Com relação à participação política, só eram considerados eleitores (cidadãos ativos) aqueles que possuíam uma renda mínima; conseqüentemente, os economicamente desprovidos (cidadãos passivos) não gozavam de qualquer tipo de representação (MARSHALL, 1998; RIBEIRO, 2002).

De acordo com a evolução histórica, o termo “cidadania” se refere, portanto, à condição de membro de um Estado, na medida em que define seus direitos e deveres. O cidadão é, por conseguinte, qualquer membro de uma sociedade política que desfruta de direitos e deveres associados à sua cidadania, como os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) e os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade e de fraternidade ou solidariedade).<sup>3</sup>

A questão básica, para os fins deste artigo, é se, em John Rawls, Philippe van Parijs e em Ronald Dworkin, a condição de “cidadão” se estende a pessoas com deficiência. Especificamente, tendo em vista a variabilidade de tipos e graus de deficiências, até que ponto um indivíduo com deficiência em termos gerais e, mais especificamente, aquele com deficiência cognitiva ou psicossocial podem ser considerados, em suas teorias, cidadãos, aos quais possa ser distribuída justiça por meio do princípio da diferença e do mínimo social em Rawls, do princípio da solidariedade e da renda básica universal incondicionada em Parijs e dos princípios da igualdade material e da fraternidade em Dworkin.

3 Vale lembrar, ainda, a síntese de Moulin Ribeiro: “A cidadania moderna (ou contemporânea), por fim, deve ser concebida pela junção da cidadania clássica (em que prevaleceu o conteúdo político, liberdade política) e a cidadania liberal (com seu caráter de proteção individual). Isso porque, mesmo que não se possa admitir um esquema perfeito de ‘surgimento’ dos vários direitos da cidadania ao longo da história, há que se aceitar que houve uma maior prevalência dos direitos de liberdade no séc. XVIII, dos direitos políticos no séc. XIX (como conquista social, tanto nos Estados Unidos como na França) e dos direitos sociais no séc. XX (surgidos num contexto de crise do capitalismo e ascensão do comunismo).” (RIBEIRO, 2002, p. 304). Cf., ainda, MARSHALL, 1998, p. 71; KUPER, KUPER, 1996, p. 85-86; e JARY, JARY, 1995, p. 73-74.

## 1. JOHN RAWLS: PRINCÍPIO DA DIFERENÇA E A DISTRIBUIÇÃO DO MÍNIMO SOCIAL

O ponto de partida deste artigo sobre a justiça social para pessoas com deficiência de forma geral e, em particular, para aquelas com deficiência cognitiva ou psicossocial é a tese desenvolvida por Rawls. Temos, como objetivo, propor que estes dois livros – *Uma Teoria da Justiça* (1971) e *Political Liberalism* (1993) – possam ser interpretados por um viés de *justiça universal e inclusiva* (RAWLS, 1993). Em Rawls, todos os indivíduos, sem exceção, se encontram, na posição original, sob o “véu da ignorância ou de desconhecimento”, para usar uma expressão de Peter Koller (1996, p. 371), em que as partes contratantes, despidas de características individualizadoras, escolhem os princípios de justiça fundantes da sociedade política ainda a se constituir. Relevante é notar que, sob esse véu da ignorância, os indivíduos já estão dotados de um certo sentido, ainda que basilar, de justiça, mas desconhecem sua origem, suas habilidades básicas e capacidades naturais, assim como seu *status* social (RAWLS, 1971, p. 137).

Entretanto, para que possam efetivamente acordar sobre os princípios que irão pautar a distribuição da justiça, eles, como mencionado, deverão possuir um *certo sentido de justiça*. Esse é um atributo próprio de pessoa moral, conceito este introduzido mais à frente pelo autor em sua obra seminal (RAWLS, 1971, p. 505). Um outro atributo de pessoa moral, segundo Rawls, é o indivíduo possuir *uma concepção de bem*, que se materializa basicamente nos direitos, na liberdade, nas chances, na renda, no bem-estar e na base social para o autorrespeito (RAWLS, 1971, p. 92). Portanto, um sentido basilar de justiça e uma concepção de bem constituem, na teoria de Rawls, os denominados “dois poderes morais” (Idem, *ibidem*).

A distribuição dos bens mencionados sucede de acordo com dois princípios: o da liberdade e o da igualdade (equitativa de oportunidades), sendo que este último contém um subprincípio que é o da diferença (RAWLS, 1993), que tem como valor norteador a fraternidade (RAWLS, 1971, p. 126), no sentido de não se querer “ter vantagens maiores, a menos que seja para o bem de quem está em pior situação”). Tais princípios se encontram em uma ordem serial ou lexical (BARBOSA, 2002), no sentido de que terminado o elenco de direitos referentes ao primeiro princípio, passa-se, então, para o segundo, composto pela igualdade equitativa de oportunidades e diferença. Há, conseqüentemente, uma realização progressiva entre os princípios e direitos correspondentes.

Particularmente, chama a nossa atenção o subprincípio da diferença que afirma que são justas as desigualdades econômicas e sociais “apenas se resultarem em vantagens compensadoras para todos e, em particular, para os mais desfavorecidos membros da sociedade”. A teoria de Rawls não

preconiza, com base nesse subprincípio, uma rígida e equânime distribuição da igualdade, mas, sim, a redução das desigualdades sociais que venha a existir depois da formação do Estado liberal, constitucional e democrático. Na nossa interpretação, o princípio da diferença é um princípio de maximização da *igualdade de oportunidades, tornando-a compensatória, tendo como pilar, como já arguido, a ideia de fraternidade*. Assim, o princípio da igualdade se apresenta como igualdade de oportunidades na vida inicial e como igualdade compensatória no decorrer da vida.

Em outras palavras, no Estado constitucional-liberal-democrático pensado por Rawls, o princípio da diferença poderia vir a corrigir, na nossa interpretação, por meio de uma igualdade de compensação, a aparente não-inclusão da parcela de pessoas com deficiência em seu conceito de pessoa moral. Nesse sentido, note-se, por exemplo, que Martha Nussbaum, em sua obra *Fronteiras da Justiça* (2013), aponta três problemas de justiça ainda não solucionados com base em teorias fundadas no contrato social rawlsiano: a necessidade de ampliar a justiça para todos os cidadãos do mundo, o tratamento dado a animais não humanos e, o que aqui nos interessa, o problema das pessoas com deficiências, que “não foram até agora incluídas como cidadãs em uma base de igualdade com relação aos outros cidadãos, nas sociedades existentes” (NUSSBAUM, 2013, p. 2).

Não obstante, acreditamos se tratar, como referido acima, de *aparente* não-inclusão, pois restam dúvidas 1. sobre se a tese de Rawls precisaria, de fato, dessa correção; e se 2. a inclusão pode estar ínsita em seu conceito de *pessoa moral antes da constituição do Estado*.

Nussbaum (2013) sugere que o fato de a tradição determinar habilidades como a racionalidade, linguagem, dentre outras, como necessárias para que se participe do procedimento de escolha de princípios faz com que não só surjam problemas em seu tratamento enquanto destinatárias de justiça, como implica sua não consideração enquanto sujeitos para os quais tais princípios são escolhidos. Com isso, torna-se difícil constatar que tais pessoas poderiam tornar-se cidadãs.

Entendemos, contudo, a possibilidade de se compreender um certo ou um basilar *sentido de justiça* como *um sentido mínimo*, que todos sem exceção podem ter. Sophia Isako Wong, por exemplo, em palestra proferida em 2008, em Nova Iorque, por ocasião da conferência internacional sobre deficiência cognitiva, interpretou o conceito de pessoa moral em Rawls, estendendo o seu significado e âmbito de incidência de aplicação a todas as pessoas sem exceção, com base na ideia de *potencialidade de todo ser humano*. Todos, em sua opinião, na posição original, sob o véu da ignorância, teriam potencial para se tornar pessoas morais (WONG, 2008a). Essa palestra da autora foi condensada em dois *papers*: o primeiro de 2008, intitulado “Justice and Cognitive Disabilities: Specifying the Problem”, e o segundo de 2009, intitulado “Duties of Justice to



Citizens with Cognitive Disabilities”. Nessas contribuições, Wong defende que a todos, incluindo pessoas com deficiências cognitivas e psicossociais, devem ser conferidas “enabling conditions” (condições de possibilidade) (WONG, 2009, p. 384), que consistem em circunstâncias que permitem que cidadãos desenvolvam e exercitem os dois poderes morais. Noto que essas “condições de possibilidade” fazem parte, em essência, de nossas necessidades básicas. O *Princípio das Necessidades Básicas* é o pilar que edifica os dois princípios de justiça (RAWLS, 1993, p. 7; WONG, 2008b, 2009) e é pressuposto de sua ordem lexical. Tais condições de possibilidade devem ser providas por instituições sociais básicas estruturantes, que não devem impedir ou restringir que essas pessoas se desenvolvam no decurso da vida como pessoas morais e, por conseguinte, se tornem cidadãos morais que, dentro de suas possibilidades, possam cooperar (WONG, 2008b, 2009). Em nossa interpretação de Wong, a constituição de pessoa moral, assim como a pressuposição de instituições básicas estruturantes são condições *sine qua non* para a fundação do Estado constitucional-liberal-democrático. Nessa medida, consideramos que a teoria de Rawls, com base na análise de Wong, seja inclusiva de pessoas com deficiências de forma geral e, em particular, daquelas com deficiências cognitivas e psicossociais. Assim sendo, interpretando Wong, não haveria necessidade de se entender o princípio da diferença ou, como pleiteamos, o da igualdade de compensação, como um princípio de correção da aparente não inclusão da parcela de pessoas com deficiência no conceito de pessoa moral de Rawls. A inclusão de pessoas com deficiência cognitiva e psicossocial já se daria antes da própria formação do Estado com base não só no conceito de potencialidade de todo ser humano para se tornar uma pessoa moral, mas também no Princípio das Necessidades Básicas. Entendemos que, embora a autora não explore o Subprincípio da Diferença, ele reforça e maximiza a sua ideia de inclusão, visto que, depois de instituído o Estado, com mais razão, a igualdade compensatória deva ser permanentemente distribuída a tais indivíduos com suporte no entendimento de que é no decurso da vida, podendo ser antes ou depois da instituição do Estado, que tais sujeitos se tornam pessoas morais.

Em *Political Liberalism*, Rawls (1993) substitui o discurso da pessoa moral pelo de cidadão, que é por ele compreendido como aquele que, como membro, coopera, de forma geral, com a sociedade durante toda a sua vida (RAWLS, 1993, p. 18).

Na medida em que todos os indivíduos podem potencialmente se tornar pessoas morais por possuírem um sentido basilar de justiça e poderes morais, pode-se assumir ainda que todos podem se tornar potencialmente cidadãos por meio de uma interpretação do significado de *fully social cooperation* (cooperação social plena). No nosso entendimento, a condição de cidadão está vinculada à aplicação, pelo Estado liberal, constitucional e democrático, do princípio da diferença (igualdade de compensação) por meio especificamente do seu instrumento de efetivação, que é a prestação do *mínimo social* (ressaltamos

que Rawls trata dele no próprio *Political Liberalism*, nas páginas 228 ss. e em *Uma Teoria da Justiça*, relacionando-o com o princípio da diferença, no § 13). Com a prestação do mínimo social, há o reconhecimento social da condição da pessoa com deficiência, seja a deficiência qual for, e de sua necessidade de cuidado e apoio durante a vida.

Assim, em dois momentos, o indivíduo com deficiência é, ao nosso ver, incluído na teoria de distribuição de justiça de Rawls: antes da formação do Estado liberal, constitucional e democrático, como pessoa potencialmente moral e depois da constituição do Estado, como cidadão, que pode potencialmente cooperar ao longo de toda a vida. Expandimos, como dado final, a visão de Wong, ao estabelecer dois momentos de inclusão da pessoa e do cidadão com deficiência, a saber, antes da instituição do Estado liberal por meio do contrato social, que é a constituição, e posteriormente a ela.

## **2. PHILIPPE VAN PARIJS: PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A DISTRIBUIÇÃO DA RENDA UNIVERSAL INCONDICIONADA**

Philippe van Parijs se apresenta como um “rawlsiano de esquerda” (PARIJS, 1995, p. 9, 15-16), ao interpretar a teoria de Rawls sob a perspectiva da solidariedade. Isso quer dizer que ele eleva o subprincípio da diferença na ordem lexical de princípios de justiça de Rawls. Parijs parte da premissa de que desigualdades materiais só devem ser aceitas se favorecerem os mais carentes. Ao elevar o princípio da diferença a esse patamar de primazia hierárquica sobre os outros princípios de justiça, isso não implica que a sua concepção deixe de ser liberal. É liberal no sentido de que defende um *igual respeito* pelas diversas concepções de vida boa presentes em sociedades pluralistas, mas também lhe acrescenta uma interpretação solidarista, que se funda no fato de os membros de uma sociedade demonstrarem *o mesmo interesse por todos* (PARIJS, 1995).<sup>4</sup> Assim, são contemplados o respeito, que é um pilar do princípio da liberdade, assim como o princípio da igualdade, que a todos assegura o mesmo respeito. O princípio da diferença, como já argumentado, é traduzido por Parijs como princípio da solidariedade, no sentido de que todo membro de uma dada sociedade deve manifestar o mesmo interesse por todos os outros membros.

Nesse sentido, propõe o autor um liberalismo de esquerda e democrático. Para ele, é possível, ainda, no mundo de hoje, salvar o Estado Providência ou do Bem-Estar Social com base no princípio da solidariedade, desde que, em termos concretos, se implementem três condições: alocação

<sup>4</sup> Para Parijs, é possível que o Estado intervenha no mercado para defender os interesses dos trabalhadores frente ao capital, que haja a ampliação do seu tamanho e a redução do mercado.

universal de recursos, globalização democrática e patriotismo solidarista (PARIJS, 1995).

A alocação universal de recursos reside na distribuição de uma renda básica a todos os cidadãos incondicionalmente (PARIJS, 1995). Esse tipo de distribuição visa à concessão de condições mínimas materiais para todos os membros da sociedade, na medida em que existe um igual interesse por todos (isto é, solidariedade) assim como um igual respeito pelos diversos projetos de vida (isto é, igualdade e liberdade). A solidariedade, nesse sentido, é um pressuposto para a efetivação da liberdade. Tendo em vista que cada cidadão tem a possibilidade de desfrutar de iguais condições materiais decorrentes de um interesse social geral pela existência individual mais digna, terá, como decorrência, condições para realizar livremente as suas próprias escolhas, desde que a sua escolha não venha a ferir a mesma liberdade concedida a um outro cidadão; em outros termos, venha violar o respeito.

A globalização democrática se baseia no fato de que é necessário que a democracia seja definitivamente mundial. Isso porque, em verdade, todas as nações compartilham dos mesmos recursos naturais e estão sujeitas aos mesmos problemas, como, por exemplo, a pressões migratórias, exigências do mercado internacional etc.<sup>5</sup>

Já a última condição, o patriotismo solidarista consiste no compromisso moral dos cidadãos com as instituições de sua sociedade e na sua lealdade para elas, a fim de torná-las cada vez mais justas. Para tanto, defende Parijs que os cidadãos têm o dever moral de prestar todas as declarações exigidas pelas autoridades e não fraudar o fisco, assim como têm o dever de renunciar a qualquer benefício fiscal ou qualquer rendimento mais lucrativo oferecido por um outro país ao seu capital ou trabalho (PARIJS, 1995).

Ao elevar o princípio da diferença, isto é, da solidariedade ao patamar de princípio hierarquicamente superior ao da liberdade, Parijs, no meu entendimento, vai retirando o véu da ignorância ou do desconhecimento e reduzindo, por decorrência, o nível de abstração e idealismo da teoria de justiça rawlsiana. Com efeito, ele passa a calcá-la na realidade dos fatos sociais, políticos e econômicos. Isso se justifica, pois, como já argumentamos anteriormente, o princípio da diferença é um princípio de distribuição que se apresenta fenomenicamente/empiricamente e efetivamente depois da formação do Estado constitucional-liberal-democrático. Nesse sentido, na

5 O autor esclarece melhor o que significa a globalização democrática: “A imagem do mundo que postula a plausibilidade desta concepção de justiça global entre Estados-nação claramente delimitados torna-se, entretanto, cada vez menos realista, à medida que descobrimos, nós as nações da Terra, até que ponto compartilhamos o ar e a água que poluímos, até que ponto nossos territórios são permeáveis às mesmas pressões migratórias, até que ponto nossos produtos e nossos fatores de produção procuram – às vezes desesperadamente – ser vendidos nos mesmos mercados. Diante deste mundo, em que se intensificam a concorrência fiscal, social e ambiental que se lhes opõem, o rawlsiano de esquerda afirma, contra Rawls, que a nossa ambição de esquerda não pode ser limitada a uma cooperação harmoniosa entre as nações, mas deve visar ao surgimento lento, caótico mas urgente, dos primeiros elementos de uma democracia ampla correspondente a todo o planeta.” (PARIJS, 1995, p. 22-23).

nossa interpretação de Parijs, pessoas de forma geral e pessoas com deficiências em particular podem ter acesso à distribuição de justiça material, com base na renda básica universal e incondicionada, desde o seu nascimento. O princípio da solidariedade não vem corrigir eventualmente uma distribuição de justiça que não tenha sido realizada desde o início da vida. Ele não se confunde com prestações assistencialistas. Ele é o próprio pilar da estrutura básica da sociedade política concreta. Qualquer indivíduo tem, com fundamento nele, direito ao acesso a uma vida minimamente e qualitativamente digna, com base na qual tem possibilidade de edificar seus projetos e fazer suas escolhas de vida de forma autônoma.

A teoria de Parijs, portanto, se apresenta, ao reinterpretar o princípio da diferença de Rawls, dando a ele uma feição concreta, material, sem deixar de ser universal, como inclusiva de pessoas com deficiências de forma geral e, em particular, daquelas com deficiências cognitivas ou psicossociais. Todas, no nosso entendimento de Parijs e para finalizar, são cidadãos que podem potencialmente se desenvolver para cooperar dentro de suas condições de possibilidade com a sociedade, na medida em que a elas é assegurada, desde o início, uma vida materialmente digna.

### **3. RONALD DWORKIN: CIDADANIA E A DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA POR MEIO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE MATERIAL E DA FRATERNIDADE**

Verificaremos, neste capítulo, se pessoas com deficiência de forma geral e, em particular, aquelas com deficiência cognitiva ou psicossocial, são incluídas pela teoria de R. Dworkin.

Para o autor, os princípios morais fundamentais da igualdade e da fraternidade, que advêm do princípio maior (também moral e fundamental) da integridade, são a base para que os indivíduos constituam uma sociedade política.

A fim de esclarecer como ocorre a sua constituição e como essa sociedade deve efetivar esses princípios, o autor vai-se debruçar sobre outros temas paralelos, como diferença e relações entre ética e moral, princípios e normas, comunidade liberal e política, justiça e equidade (DWORKIN, 1999).

Especificamente sobre o seu modelo de princípios (Cf. BARBOSA, 2002), deve-se sublinhar que esse orienta não só outros princípios, mas também as próprias normas estabelecidas pela comunidade política no momento do acordo inicial de organização dessa comunidade. Esse modelo de princípios se baseia no ideal de integridade que busca seus fundamentos nas ideias de justiça, de equidade<sup>6</sup> e de devido processo legal, as quais, por

<sup>6</sup> No ensaio "Liberal Community", Dworkin diferencia ética de moralidade. Para o autor: "Ethics, as I use the term, includes convictions about which kinds of lives are good or bad for a person to lead, and morality includes principles about how a person should treat other people." (DWORKIN, 1992, p. 205).

uma via de mão-dupla, são justificadas pela integridade. É o princípio da integridade, também, o orientador dos demais princípios, no sentido de que são esses outros princípios que buscarão nele a sua base de legitimação, de fundamentação, incluindo até mesmo o princípio da legitimidade das decisões políticas.

Por integridade, o filósofo entende o estabelecimento de direitos e deveres criados por uma comunidade política no momento da sua organização. A integridade tem fundamento na prática, ou seja, em um contrato real e histórico não fundado em um acordo hipotético nos moldes preconizados por Rawls. É independente, portanto, da ideia de “contrato social imaginário como meio de selecionar a melhor concepção de justiça no âmbito de uma teoria política utópica.” (DWORKIN, 1999, p. 233).

É dessa forma que se pode afirmar, ainda, que a integridade pertence àquele momento prévio à formulação de outros princípios de caráter fundamental, como é o caso da justiça, da equidade, da legitimidade e do devido processo legal. Atua, por conseguinte, como um princípio de razoabilidade de outros princípios, que se inserirão de forma expressa ou tácita no ordenamento constitucional.

O princípio maior da integridade é, ainda, gerador de dois outros princípios fundamentais que se conectam, quais sejam, o do jogo limpo e o da igualdade. O primeiro se baseia no fato de que, se um membro de uma organização política recebeu benefícios oriundos dessa organização, está obrigado, como decorrência, a arcar com determinadas obrigações; por exemplo, esse indivíduo deve aceitar suas decisões políticas, ainda que tenha ou não reivindicado tais benefícios ou consentido em suportar as obrigações correspondentes. Isso porque cada cidadão recebeu efetivamente uma parcela dos benefícios gerados por essa sociedade política. Assim sendo, o princípio do jogo limpo estabelece que todos os membros (cidadãos) de uma comunidade devem ser tratados com igualdade de direitos e obrigações. Nesse sentido,

[...] o argumento do jogo limpo deve ser entendido como se afirmasse não que uma pessoa incorre em uma obrigação quando seu bem-estar aumenta de um modo que ela não procurou, mas que incorre em alguma obrigação por ser tratada de maneira que talvez nem mesmo aumentasse seu bem-estar para além de qualquer ponto de referência apropriado. Pois não há nada, no fato de um indivíduo ter sido tratado com justiça por sua comunidade, segundo suas próprias regras, que possa assegurar-lhe qualquer vantagem material adicional (DWORKIN, 1999, p. 236-237).

O direito de uma comunidade política tratar seus membros como tendo deveres em virtude de decisões coletivas da comunidade não reside

apenas nas obrigações advindas do jogo limpo (que, assinale-se, poderiam ser válidas entre estranhos), mas, também, nas obrigações que resultam da ideia de fraternidade presente em determinadas comunidades. A partir daí, o filósofo indaga o seguinte: Como uma sociedade política básica pode tornar-se uma associação fraternal? Antes de mais nada, é forçoso reconhecer que, em Dworkin, a comunidade ou sociedade política se constitui com suporte nos interesses e deveres específicos que temos para com os outros membros de nossa própria comunidade, que sintetiza, em outros termos, a ideia de fraternidade.<sup>7</sup> Na ideia de fraternidade, acreditamos, reside um dos principais argumentos para uma possível compreensão acerca da inclusão de pessoas com deficiência na teoria do autor.

Adotando tal pressuposto de especificidade, Dworkin propõe três modelos gerais de associação política que podem se fundar ou não na ideia de fraternidade. São eles: 1) o modelo da associação de fato, que é um tipo de comunidade que nada tem de verdadeiro, pois seus membros tratam sua associação apenas como um incidente de fato, da história e da geografia. Porém, poder-se-ia considerá-la como simplesmente de fato não por egoísmo (seus participantes buscariam atingir unicamente seus fins), mas porque seus membros foram levados por uma paixão de justiça no mundo como um todo, sem traçar qualquer diferença entre a sua comunidade e as demais.<sup>8</sup> 2) o modelo de regras, o qual pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras específicas dessa comunidade, como no caso de um contrato. 3) o modelo dos princípios, que reside no fato de que as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns e, não, apenas por regras criadas por um acordo político. De acordo com esse modelo, a comunidade se assemelha a uma “arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível.” (DWORKIN, 1999, p. 254). Consequentemente, os membros dessa comunidade acreditam que seus direitos e deveres políticos dependem de um sistema de princípios, do qual decorrem as próprias decisões políticas.

7 O autor corrobora tal afirmação desta forma: “Os norte-americanos dirigem seus apelos políticos, suas exigências, visões e ideais, em primeiro lugar, a outros norte-americanos; os ingleses a outros ingleses, e assim por diante.” (DWORKIN, 1999, p. 252) Aqui, já se pode verificar que, ao contrário de Rawls, que defende uma teoria universalista da justiça, Dworkin adota, entre suas teses, a do particularismo, visto que, ao não desenvolver suas argumentações com suporte na ideia de sociedade e sujeito abstratos, não tenciona indicar um caminho que seja válido para outras sociedades político-democráticas, nos moldes da norte-americana. Com efeito, suas ideias de integridade, igualdade e fraternidade, por exemplo, só são viáveis dentro de um certo modelo de comunidade.

8 Esclarece Dworkin: “Um dirigente político que adote esse ponto de vista pensará em seus eleitores como pessoas que pode ajudar por dispor de meios especiais – os de sua função – para ajudá-los, meios que lamentavelmente não estão disponíveis para que ele possa ajudar outros grupos. Em sua opinião, suas responsabilidades para com sua própria comunidade não são especiais em nenhum outro sentido, não sendo, portanto, mais abrangentes em princípio.” (DWORKIN, 1999, p. 253).

Mas a qual desses modelos se adapta a ideia de fraternidade? O primeiro, o modelo da associação de fato, não se revela como uma comunidade fraterna, visto que as pessoas só se interessam umas pelas outras para atingirem seus objetivos egoístas.<sup>9</sup> O segundo, o das regras, também não se amolda, já que cada indivíduo pode valer-se da máquina estatal para promover seus próprios interesses. Se, por exemplo, ela produzir uma decisão isolada (egoísta), na forma de lei ou de decisão judicial, os indivíduos aceitarão a obrigação especial de garantir o cumprimento dessa decisão, tendo em vista os benefícios que possam ser extraídos dela. O autor critica esse modelo, pois não o considera expressão de um interesse genuíno ou expressão da fraternidade. Em suas palavras:

Intervém [o compromisso de aceitar a decisão da organização política] tarde demais no processo político; permite que uma pessoa atue na etapa legislativa crucial sem nenhum senso de responsabilidade ou interesse por aqueles que finge, uma vez asseguradas todas as vantagens possíveis à custa deles, considerar irmãos. A conhecida versão do argumento do jogo limpo – essas são as regras sob as quais você se beneficiou e é por elas que você deve pautar-se – é particularmente apropriada a uma comunidade baseada em regras, que [...] vê a política como uma espécie de jogo (DWORKIN, 1999, p. 256).

Já o terceiro modelo, o dos princípios, satisfaz não só as condições para que se forme uma comunidade – condições estas específicas, pessoais, genéricas e de igualdade (DWORKIN, 1999, p. 237-244) –, mas também e, como resultado do preenchimento dessas condições, o que Dworkin entende por integridade.

Com efeito, o modelo de princípios preenche as condições para que exista uma sociedade pluralista. Essas condições residem na especificidade, pela qual cada cidadão respeita os princípios de equidade e justiça da comunidade que podem, aliás, ser diferentes dos vigorantes em outras comunidades. Por considerarem que são esses os melhores princípios, suas responsabilidades são também pessoais. Isso porque exigem que ninguém seja excluído, inclusive, por que não, pessoas com quaisquer deficiências; afinal, todos nós, membros de tal comunidade, estamos juntos para o melhor ou para o pior, na medida em que o compromisso que vincula nossos membros é válido tanto para os perdedores quanto para os vencedores (poderosos) que têm algo a ganhar com o tipo de conluio ou soluções conciliatórias que

<sup>9</sup> Sobre isso, frisa o autor: “Mesmo quando essa forma de comunidade se mantém entre pessoas desinteressadas, que agem apenas para preservar a justiça e a equidade no mundo, do modo como entendem essas virtudes, não têm nenhum interesse especial pela justiça e equidade para com os membros de sua própria coletividade. (Na verdade, como sua única preocupação é a justiça abstrata, universalista por natureza, não podem ter base alguma para um interesse especial.)” Mais uma vez, Dworkin discorda da teoria defendida por Rawls (DWORKIN, 1999, p. 255).

a integridade proíbe. Além disso, o modelo de princípios pressupõe que haja igualdade, no sentido de que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, o que significa afirmar que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse.<sup>10</sup>

É com suporte nessa comunidade de princípios que o filósofo defende a sua ideia de integridade, o que acarreta repercussões nas esferas legislativa e jurisdicional. Frisa Dworkin que as leis conciliatórias, as quais revelam um compromisso interno, ou seja, um compromisso de encontrar um meio-termo entre as convicções advogadas entre aqueles que exercem o poder, não se amoldam a um sistema de princípios, pois contradizem, ao invés de ratificarem, o compromisso necessário para transformar uma sociedade política, caracterizada pela amplitude e diversidade, em uma sociedade política verdadeira. De fato, nessa, seus membros (cidadãos) tencionam que o direito seja escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado em conformidade com os princípios que embasam essa comunidade. E, ainda, tal ideia permite que os cidadãos possam se subordinar (isso quer dizer: aceitar obrigações) apenas a uma autoridade moral, a qual ascende ao poder em nome da fraternidade. Dessa forma, a justificativa do poder e das obrigações (para aqueles que o exercem e para os que a ele se sujeitam) decorrentes do exercício do mesmo reside na fraternidade e na legitimidade presentes na ideia maior e originária da integridade. Textualmente: “Se podemos compreender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, podemos sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos, portanto, tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção.” (DWORKIN, 1999, p. 258).

Pode-se dizer, em outras palavras, que o exercício político por parte dos cidadãos de uma sociedade política (governantes e governados) pressupõe as ideias de igualdade e de fraternidade. Com isso se deseja afirmar que esses dois valores são a base para a constituição e o exercício do poder político, em suas vertentes executiva, legislativa e judicial. Mais uma vez, a comunidade ou sociedade política se constitui com suporte no fato de que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, o que significa afirmar que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse (igualdade) e com suporte nos interesses e deveres específicos que cada um tem para com os outros membros (cidadãos) da própria comunidade (fraternidade). É esse interesse e esse respeito moral pela dignidade do outro que torna todos nós cidadãos.

10 Mas o autor alerta: “Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira [...]. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas.” (DWORKIN, 1999, p. 257).



Vale notar, por fim, que a liberdade, em Dworkin é, acima de tudo, decorrência do princípio da igualdade.<sup>11</sup> É compreendida em seu sentido negativo, ou seja, o Estado não deve intervir nas ações e nas escolhas individuais. É exercida de forma que cada um tenha suficiente liberdade para realizar as suas próprias escolhas independentemente do que a comunidade considere como moralmente adequado. Entretanto, isso não implica que exista uma proteção absoluta ao direito de propriedade baseada no valor “liberdade”, já que cada um deve possuir somente uma certa soberania sobre as suas próprias posses (DWORKIN, 2000).

De acordo com essa fundamentação, quais são, então, as ações que um cidadão deve empreender para que seu Estado se torne mais comprometido com a igualdade e com a fraternidade? O governo deve tratar todos os cidadãos como iguais, ou seja, deve tratá-los com igual respeito e atenção. Por outro lado, deve distribuir igualmente a todos as mesmas oportunidades que tem a oferecer (DWORKIN, 2000). Além disso, não se deve esquecer que, para Dworkin, são possíveis as medidas de redistribuição de renda e de assistência social financiada (DWORKIN, 2000, p. 211-212), a fim de diminuir todas as possíveis desigualdades iniciais de vida, sobretudo as advindas das diferenças provenientes do talento individual e da herança recebida por cada um. Na visão do autor, tais diferenças levam à desigualdade e à injustiça, as quais, aliás, a sociedade deve procurar eliminar.

Na nossa interpretação, portanto, isso implica que pessoas com deficiências, em Dworkin, devem ter asseguradas a elas benefícios que assegurem a correção de eventuais desigualdades de oportunidades, para que possam alcançar, verdadeiramente e no âmbito da sociedade fraternal, a igualdade. Aqui vemos uma abertura para a compreensão de todos os membros da comunidade política, com deficiências ou não, como iguais em dignidade.

## CONCLUSÃO

No presente artigo partiu-se da questão inicial sobre se seria possível fazer uma leitura inclusiva das teorias de John Rawls, Philippe van Parijs e Ronald Dworkin para considerarmos pessoas com deficiências, de um modo geral, e pessoas com deficiências cognitivas ou psicossociais, mais especificamente, como cidadãs, de tal modo a serem destinatárias da distribuição de justiça por meio do princípio da diferença e do mínimo social em Rawls, do princípio da solidariedade e da renda básica universal

11 Essa conclusão deriva, também, do fato de que, segundo o autor, quando J. Rawls afirma ser a liberdade o fundamento da posição original, quer dizer que é a igualdade, em verdade, que a fundamenta. Tal interpretação deriva da leitura da seguinte passagem: “The original position is well designed to enforce the abstract right to equal concern and respect, which must be understood to be the fundamental concept of Rawls’s deep theory.” (DWORKIN, 1978, p. 181).

incondicionada em Parijs, e dos princípios da igualdade material e da fraternidade em Dworkin.

Com relação a Rawls, pudemos constatar que a exclusão de pessoas com certos tipos de deficiências em sua teoria é meramente aparente, já que em dois momentos é possível constar sua inclusão na teoria de distribuição de justiça: (1) antes da formação do Estado liberal, constitucional e democrático, na condição de pessoa potencialmente moral; e (2) depois da constituição do Estado, na qualidade de cidadão, com o potencial de assim cooperar ao longo de toda a vida. Por fim, propusemos uma expansão da visão de Sophia Isako Wong, estabelecendo dois momentos de inclusão da pessoa e do cidadão com deficiência, quais sejam, antes da instituição do Estado liberal por meio do contrato social, que é a Constituição, e posteriormente a ela.

Parijs, por sua vez, propõe uma teoria que, na medida em que reinterpreta o princípio da diferença de Rawls dando a ele uma feição material e concreta – sem deixar de ser universal –, também se revela como inclusiva a pessoas com deficiências em geral, e especificamente cognitivas ou psicossociais, assegurando a elas a posição de cidadãs, e uma vida digna.

Por fim, verificamos que, em Dworkin, a sociedade política se desenvolve com suporte nos interesses e deveres específicos que temos para com os outros membros de nossa própria comunidade, que sintetiza a própria ideia de fraternidade. A partir daí, como procuramos demonstrar, Dworkin propõe três modelos gerais de associação política que podem se fundar ou não na ideia de fraternidade, e seria justamente no terceiro modelo, o dos princípios, que seria possível verificar a satisfação das condições para a formação de uma comunidade e a presença da integridade. Nesse modelo, a sociedade pluralista torna-se viável, sendo que ninguém há de ser dela excluído ou tratado sem igual dignidade, inclusive, é claro, pessoas com quaisquer deficiências. Disso segue que o Estado deve tratar todos os cidadãos como iguais em respeito e consideração, distribuindo igualmente as oportunidades que pode oferecer, inclusive por meio da redistribuição de renda e de assistência social financiada. Pessoas com deficiências devem ter asseguradas a elas, em Dworkin, portanto, de modo mais concreto, benefícios que corrijam eventuais desigualdades de oportunidades.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, 2000.

DWORKIN, Ronald. Liberal Community. In: SHLOMO, Avineri; AVNER, De-Shalit (eds.). *Communitarianism and Individualism*. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 205-223.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GORDON, Marshall. *A Dictionary of Sociology*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1998.

JARY, David; JARY, Julia. *Collins Dictionary of Sociology*. Glasgow: HarperCollins Publishers, 1995.

KOLLER, P. Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz. In: BRUGGER, W. (ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 361-393.

KUPER, Adam; KUPER, Jessica (eds.). *The Social Science Encyclopedia*. London-New York: Routledge, 1996.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PARIJS, Philippe van. Kissel Lecture in Ethics. *Edmond J. Safra Center for Ethics*, Harvard University, 5 abr. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D2vPyKWbfZw>. Acesso em: 07 dez. 2022.

PARIJS, Philippe van. *Sauver la Solidarité*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1995.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RIBEIRO, Gustavo Moulin. A Cidadania Jurídica e a Concretização da Justiça. In: LOBO TORRES, Ricardo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 251-313, 2000.

WONG, Sophia. “Duties of Justice to Citizens with Cognitive Disabilities”, palestra proferida por ocasião da conferência: Cognitive Disability: A Challenge to Moral Philosophy, 18 a 20 de setembro de 2008a, Nova Iorque. Disponível em: <https://www.stonybrook.edu/sb/cdconference/>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

*Anna Caramuru Pessoa Aubert*  
*Ana Paula Barbosa-Fohrmann*

WONG, Sophia Isako. *Justice and Cognitive Disabilities*: Specifying the Problem. *Essays in Philosophy*, v. 9, n. 1, 2008b, art. 1.

WONG, Sophia Isako. *Duties of Justice to Citizens with Cognitive Disabilities*. *Metaphilosophy*, v. 40, n. 3-4, 2009, p. 382-401.



RECEBIDO EM: 20/03/2023

APROVADO EM: 18/05/2023

DOSSIÊ

# DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIAS DE USO DUAL PELA BASE INDUSTRIAL DE DEFESA COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

*DEVELOPMENT OF DUAL-USE TECHNOLOGIES  
BY THE DEFENSE INDUSTRIAL BASE AS A  
MECHANISM FOR ECONOMIC DEVELOPMENT*

*Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Compreensão Teórica das Tecnologias de Uso Dual. 2. Base Industrial de Defesa e o Modelo da Tríplice Hélice de Inovação em Defesa. Conclusão. Referências

<sup>1</sup> Pós-doutorando em defesa e segurança hemisférica no Colégio Interamericano de Defesa, em Washington, DC (2022), Pós-doutor em modelagem de sistemas complexos pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (2020), Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2012). Advogado da União na Advocacia-Geral da União.

**RESUMO:** O desenvolvimento e uso de tecnologias passíveis de uso dual, entendidas como aquelas aptas ao emprego tanto em aplicações de uso civil, quanto em missões tipicamente militares (com ou sem pequenas adaptações), é um fenômeno histórico, principalmente nos países em desenvolvimento, onde uma crescente demanda de recursos para a saúde, educação, infraestrutura, etc., impõe a redução de gastos com os setores militares, praticamente obrigando que orçamentos de defesa passassem a ser conjugados com os recursos, também escassos, da iniciativa privada, em tecnologias adequadas simultaneamente para o meio civil (normalmente o seu maior consumidor), e para as Forças Armadas e de segurança pública. A maioria dos países desenvolvidos possui um sistema integrado de indústrias de defesa que se articula com a academia e o Poder Público para o desenvolvimento de tecnologias de alto valor agregado e que traz significativo progresso econômico e científico para a economia nacional. O Brasil possui uma Base Industrial de Defesa competente e relativamente desenvolvida, complementada por um ainda maior parque industrial e tecnológico, porém, flutuações econômicas colocam em risco a manutenção e avanço desse setor estratégico de qualquer economia nacional. Este artigo examina, em um nível preliminar, sob o enfoque da teoria dos sistemas complexos, por meio de levantamento bibliográfico e pesquisas de campo, as interações entre conhecimentos científicos e segmentos sociais muito diferenciados, indicando mecanismos para desenvolvimento de tecnologias de uso dual como ferramenta de fomento da Base Industrial de Defesa, e da economia científico-tecnológica como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tecnologia. Uso Dual. Economia. Base Industrial de Defesa. Fusão Civil-Militar

**ABSTRACT:** The development and use of technologies prone to dual use, characterized as those able to be employed both in civilian appliances, and in typical military missions (with or without minimal adjustments), is a historical phenomenon, especially in developing countries, where an ever growing demand of resources for health, education, infrastructure, etc., lays on spending limitations to the military services, virtually forcing defense budgets to become conjugated with also scarce private sector resources, in developing technologies suitable at the same time for civilian use (usually their main consumers), and for the armed forces and law enforcement needs. Most developed countries have an integrated system of defense industries that articulates with academia and the government for development of high value-added technologies that bring significant economic and scientific progress to the national economy. Brazil has a competent and relatively developed Defense Industrial Base, complemented

by an even larger industrial and technological park, but economic fluctuations put at risk the maintenance and advancement of this strategic sector of any national economy. This article examines, at a preliminary level, under the complex systems theory approach, through bibliographic survey and field research, the interactions between scientific knowledge and very differentiated social segments, indicating mechanisms for the development of dual use technologies as a tool to foster the Defense Industrial Base, and the scientific-technological economy as a whole.

**KEYWORDS:** Technology. Dual Use. Economy. Defense Industrial Base. Military-Civil Fusion

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e uso de tecnologias passíveis de uso dual, entendidas como aquelas aptas ao uso civil, quanto em missões tipicamente militares (com ou sem pequenas adaptações), é um fenômeno detectado ao longo da evolução da espécie humana. Dita dualidade é bidirecional, às vezes com o uso civil de aparatos originalmente destinados a finalidades bélicas, outras vezes em sentido oposto. Exemplo comumente citado é a rede mundial de computadores, nascida de um projeto da agência de desenvolvimento de projetos avançados de defesa, sob o nome **ARPANET** – *Advanced Research Projects Agency Network* (LIMA FILHO, 2012).

No final da década de 1970, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se tornou a maior produtora e exportadora de sistemas bélicos, o que representava parte significativa de sua pauta de comércio exterior. No ápice deste período, trabalhavam com sistemas militares mais de 870 mil cientistas e engenheiros, contra 530 mil dos Estados Unidos da América (EUA), que ocupavam o segundo lugar (KUSHNIRSKY, 1991).

Entretanto, diante do exaurimento econômico soviético provocado, em grande parte, pela corrida armamentista com os EUA, no contexto da Guerra Fria, iniciativas como a “ofensiva da paz”, objetivavam reorientar o complexo industrial-militar soviético para o uso civil. Após o colapso desordenado da URSS e do Pacto de Varsóvia em 1989, a preocupação com o desvio de arsenais, inclusive nucleares, químicos e biológicos, e com o recrutamento de técnicos e cientistas por países com programas clandestinos, levou os EUA a uma iniciativa para detectar e neutralizar armas desviadas, e fomentar a adaptação dos respectivos produtores para finalidades civis (LAQUEUR, 1986).

Naquele mesmo contexto histórico, e desde então, principalmente nos países em desenvolvimento, uma crescente demanda de recursos para a saúde, educação, infraestrutura, etc., impôs a redução de gastos militares,



obrigando que os limitados orçamentos de defesa passassem a ser conjugados com os recursos, também escassos, da iniciativa privada, em tecnologias adequadas simultaneamente para o meio civil (normalmente o seu maior consumidor), e para as Forças Armadas e de segurança (SIQUEIRA, 2010).

O Brasil possui uma Base Industrial de Defesa (BID) relativamente bem desenvolvida, inclusive com um regime legal específico, complementada por uma complexa e evoluída base industrial geral e de serviços no país, porém, sofre uma histórica instabilidade decorrente da flutuação de investimentos governamentais nas Forças Armadas nacionais, que formam atualmente o único mercado consumidor, em regime de monopólio, colocando em risco não apenas o avanço do setor, como a própria manutenção de conquistas obtidas com grande sacrifício institucional e financeiro (MELO, 2015).

Os conhecimentos necessários para compreender o assunto situam-se em ramos diversos das ciências físicas, humanas e biológicas, aparentemente incompatíveis entre si, configurando um sistema complexo. Há programas sedimentados e em contínuo aperfeiçoamento nos países economicamente desenvolvidos, que lideram a inovação tecnológica, partindo de premissas e de abordagens diferentes, mas que chegam a resultados parecidos, os quais podem ser adaptados para a realidade brasileira (DIXIT, 2023). Pela proeminência serão abordados traços dos programas levados a efeito nos EUA e na República Popular da China (RPC).

Este artigo pretendeu examinar, sob o enfoque da teoria dos sistemas complexos, as possibilidades de desenvolvimento de tecnologias de uso dual como ferramenta de fomento da BID e da economia científico-tecnológica como um todo.

## **1. COMPREENSÃO TEÓRICA DAS TECNOLOGIAS DE USO DUAL**

Um passo essencial no estudo de qualquer fenômeno consiste em delimitar claramente o seu escopo. Isto é especialmente importante quando se escreve sobre tecnologias de uso dual (ou dupla utilização), uma expressão polissêmica. Para este artigo, tecnologias de uso dual são aquelas alimentadas por uma tecnologia de núcleo comum, definidas pelo uso final, e não pelos recursos para o seu desenvolvimento, podendo encontrar usuários civis, militares ou ambos (GUMMETT & REPPY, 1988).

Para Mota (2011, p.2):

As tecnologias de uso dual são aquelas que têm aplicação tanto pelo setor militar como pelo setor civil do mercado. Desta forma, o aspecto duplo da tecnologia pode ser visto como algo a ser promovido e perseguido na pesquisa e desenvolvimento de inovações, pois atende a dois aspectos

importantes: i) permitir a manutenção de uma boa base tecnológica de defesa, em meio aos limitados orçamentos disponíveis, e ii) melhorar a competitividade econômica do país como um todo, através de uma alocação mais eficiente dos fundos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D).

Entretanto, essas tecnologias não se limitam aos “artefatos”, mas também abrangem o conhecimento técnico, incluindo a base científica, a experiência, e as habilidades (capital humano, “know-how” e “know why”) da força de trabalho. Além disso, o domínio dos processos de fabricação e de gerenciamento se somam à comunidade tecnológica necessária para produzir esses artefatos. Um exemplo disso é o conhecimento sobre integração de sistemas (WATKINS, 1990).

Um dos esforços mais paradigmáticos para aproveitar conhecimento científico de uso civil, mas de utilidade militar, foi o *Projeto Manhattan*, empreendimento que levou à construção do primeiro artefato termonuclear nos EUA, e simbolizou a passagem do processo industrial (produção de ferramentas), para uma nova fase pós-industrial com a centralidade do trabalho científico voltado para a inovação, e que, por sua vez, teve que desenvolver um método de integração e fomento da criatividade entre cientistas de diferentes países e diferentes idiomas, em um ambiente organizacional muito diferente da academia tradicional (SPAGNUOLO, 2007, pp. 359-385).

Alguns anos depois, em uma direção oposta à do *Projeto Manhattan*, o declínio e a subsequente extinção da URSS, levou à adaptação para o mercado civil de tecnologias e indústrias originalmente voltadas para o segmento de defesa, que no final dos anos 70, empregava mais de 870.000 cientistas e engenheiros soviéticos, em comparação com 530.000 nos EUA, (KUSHNIRSKY, 1991).

Nos EUA, o desenvolvimento científico-tecnológico de uso dual, está entrelaçado com a história do próprio Departamento de Defesa (Pentágono), quando da sua reorganização, momento em que lhe foi confiado orçamento maciço para fomentar inovação em parceria com a academia e o setor industrial. Em 1964, no auge da Guerra Fria, 17% de todo o orçamento federal discricionário dos EUA foi gasto desse modo (DARBY & SEWALL, 2021).

A centralidade do avanço tecnológico para a segurança nacional dos EUA continua hoje sob a sigla DOD RDT&E (*Department of Defense Research, Development, Test and Evaluation*), que se refere à pesquisa, desenvolvimento, testes e avaliação pelo Pentágono. Os recursos específicos são alocados sob o Título IV, Anexo “C” (orçamento do Departamento de Defesa), da Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso dos EUA. Em 2022, somente para RDT&E, foram alocados 122,9 bilhões de dólares (CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2022).

Mas os fundos da RDT&E também constam em outras dotações de defesa. Por exemplo, os fundos da RDT&E foram incluídos no Título VI, como parte do Programa de Destruição de Agentes Químicos e Munições, do Programa de Saúde da Defesa. Também já foram alocados no Título V, como parte do *National Defense Sealift Fund* (fundo da frota reserva da Marinha dos EUA). Uma característica particular da política de desenvolvimento de tecnologias de uso dual dos EUA é que parece não existir um plano ou agência centralizada como em outros países (STEINBOCK, 2014), estando dispersa ainda em várias organizações, públicas e privadas, vinculadas a políticas setoriais, como de energia nuclear, espaço, computação, etc. (NICHOLS, 2008).

Uma possível explicação para tal ecossistema de inovação de defesa seria uma preferência EUA por impor o mínimo possível de barreiras à entrada de empresas privadas e até mesmo de indivíduos ao mercado (MCAFFEE *et al.*, 2004), prevenindo possíveis limitações no uso comercial futuro de tecnologias duais, mas, ao mesmo tempo em que se deixa a maior parte do risco de capital da pesquisa para o setor privado, que então terá maior liberdade de comercializar sua inovação sem se preocupar os controles de venda tipicamente incidentes sobre tecnologias duais.

Independentemente desta aparente ausência de controles, o governo dos EUA nivela a defesa e o desenvolvimento tecnológico através de mecanismos sutis, tais como direcionamento do financiamento para determinados ramos do conhecimento (cibernética, fontes energéticas, materiais avançados, etc.), ou edição de padrões técnicos de desempenho e segurança obrigatórios para todos os possíveis desenvolvedores de novas tecnologias, sinalizando para o mercado e para o meio acadêmico, a direção dos pedidos bilionários do setor de defesa (BRANDT, 1994).

No entanto, existe uma agência executiva principal para o esforço de desenvolvimento da tecnologia de defesa nos EUA, a *Defense Research Advanced Projects Agency* (DARPA), criada em 1958 para prevenir surpresas estratégicas prejudiciais aos EUA, mantendo a superioridade científico-tecnológico-militar do país. Em uma frente, a Agência se baseou na aplicação de modelos multidisciplinares aos avanços do conhecimento através da pesquisa básica, enquanto na outra criou inovações para resolver problemas práticos através da pesquisa aplicada (SILVA, 2014).

A DARPA opera diferente das demais agências de financiamento da ciência dos EUA, com um orçamento mais enxuto (US\$ 3,5 bilhões). Seus cerca de 100 gerentes de programas são emprestados do meio acadêmico ou industrial, por períodos de 3 a 5 anos, têm ampla liberdade de escolhas, e se envolvem ativamente com suas equipes, impondo prazos agressivos e monitorando o progresso ao longo do caminho, enquanto que projetos financiados por outras agências geralmente apresentam pouco envolvimento entre os gerentes de

programas e os pesquisadores. Os projetos da DARPA têm maior probabilidade de sucesso e de avanços incrementais (TOLLEFSON, 2021).

Além disso, olhando da outra ponta do processo, ou seja, prospectando soluções já disponíveis “off the shelf”, a Unidade de Inovação da Defesa (DIU) é uma entidade do Pentágono que se reporta diretamente ao Secretário da Defesa, com a missão de absorver rapidamente soluções comerciais úteis aos combatentes (ROBINSON, 2018).

A DIU objetiva aumentar o aproveitamento militar da tecnologia comercial, a fim não apenas de manter uma vantagem estratégica sobre os adversários dos EUA, mas também de fortalecer a economia. Só em 2020, a DIU iniciou 23 projetos, e celebrou 56 acordos com empresas para prototipagem, a maioria sendo pequenas empresas ou empresas não tradicionais, perfazendo um total de US\$ 108 milhões. Entre 2016 e 2020 a DIU financiou mais de US\$ 640 milhões de projetos de protótipos (HARPER, 2021).

No atual contexto do ressurgimento da competição estratégica entre potências (*great power competition*), agora entre os EUA e a República Popular da China (RPC), o Exército de Libertação Popular da China (denominação genérica das Forças Armadas chinesas), desencadeou um movimento denominado fusão civil-militar (军民融合), ou *Military-Civil Fusion* (MCF), que direciona de maneira centralizada o foco das empresas “privadas” e da academia da RPC para as tecnologias de uso dual consideradas estratégicas para o gigante asiático (KANIA, 2018).

Emulando a experiência dos EUA com a criação do DARPA, um Comitê Central Militar para o Desenvolvimento da Fusão Civil-Militar foi criado dentro do Partido Comunista Chinês (中央军民融合发展委员会), sob a supervisão pessoal do secretário geral do partido (Xi Jinping), e de uma Comissão de Ciência e Tecnologia do Comitê Militar Central, com o objetivo de “quebrar as barreiras tradicionais” à MCF no meio acadêmico e empresarial.

Por outro lado, o modelo MCF difere fortemente dos EUA por ser altamente centralizado, sendo planejado com o objetivo específico de superar as vantagens tecnológicas geopolíticas de outros países (especialmente os EUA). Dos escritos chineses, fica claro que o MCF não é apenas mais uma das estratégias nacionais da China, mas sim uma estratégia prioritária para a formação de um sistema orgânico, poderoso e abrangente, visando a promover as metas de segurança e desenvolvimento globais do país, indicando que a Fusão Militar-Civil permeia o pensamento econômico e científico chinês, para além do aparato de defesa (STONE & WOOD, 2020). É o que se conclui, por exemplo, do discurso do Secretário-Geral Xi Jinping no Congresso do Partido Comunista Chinês de 2017 (ZHONG, 2017, p. 13):

O objetivo final do desenvolvimento profundo da fusão militar-civil é construir o sistema unificado de estratégias e capacidade

estratégica militar-civil da China, ou seja, alcançar um equilíbrio entre desenvolvimento nacional e segurança nacional, unificar a construção de uma nação próspera e uma força militar forte, integrar a construção econômica e a construção da defesa nacional, aumentar simultaneamente a força econômica e a força da defesa nacional, alcançar unidade e fusão no planejamento estratégico de vários domínios, integrar recursos de vários aspectos, formar uma postura estratégica que permita o desdobramento integrado de forças políticas, econômicas, militares, científicas e tecnológicas, diplomáticas e culturais, aumentar a força geral e a competitividade estratégica do país e salvaguardar a soberania nacional, a segurança e os interesses de desenvolvimento.

Desde 2012, o Ministério da Indústria e Tecnologia da Informação da China tem cultivado Bases de Demonstração Nacional de Fusão Civil-Militar (MCFNDBs) em lotes. Desde 2009, a China construiu um total de 36 MCFNDBs em 30 cidades de 22 províncias. Ao mesmo tempo, muitos governos locais adotaram políticas de apoio e regulamentos especiais de gestão de fundos para o desenvolvimento da indústria MCF, e forneceram apoio à P&D de tecnologia de uso dual através de subsídios, investimento de capital, desconto de empréstimos, etc. (ZHAOBIN *et alli*, 2022).

Como equivalente do DIU americano, a China criou uma organização dedicada à aquisição de tecnologias já existentes (civis ou militares), que possam ser úteis para necessidades militares, o Departamento de Desenvolvimento de Equipamentos (EDD - 中央军委装备发展部), que centraliza a aquisição militar, e supervisiona o desenvolvimento de armas para todo o PLA. Estuda reformas da P&D e dos sistemas de aquisição. Fazendo parte da Comissão Militar Central, o EDD tem alçada para supervisionar aquisições e assegurar que sejam compatíveis com os planos de desenvolvimento do PLA (EVRON, 2021).

Por isso, alguns autores sustentam que estudos mais profundos da estratégia MCF da China oferecem uma oportunidade de entender melhor as prioridades chinesas na competição geopolítica, como um todo, via análise do comportamento internacional das empresas chinesas relacionadas à MCF (LEVESQUE, 2019). Apesar das diferenças filosóficas e econômicas destes dois modelos de desenvolvimento de tecnologia dual, ambos se baseiam em dois conceitos básicos: uma Base Industrial de Defesa, e uma integração permanente e estreita entre governo, academia e atores corporativos.

## **2. BASE INDUSTRIAL DE DEFESA E O MODELO DA TRÍPLICE HÉLICE DE INOVAÇÃO EM DEFESA**

Na superfície, a ideia de uma Base Industrial de Defesa (BID) é bastante simples. Ela constitui as empresas que fornecem equipamentos de defesa e

equipamentos relacionados à defesa para organizações militares e de segurança nacional, mas definir indústria de defesa não é tão simples, pois a gama de produtos envolvidos é muito ampla. As armas diferem significativamente e há outros bens mais gerais consumidos pelos militares. Uma maneira de classificar os produtos da BID é considerar sua relação com a ação militar. Existem: (i) sistemas letais de armas grandes ou pequenas; (ii) produtos não letais, mas estratégicos (p.ex.: veículos e combustível); e (iii) outros produtos consumidos pelos militares (p.ex.: alimentos e roupas) (DUNNE, 1995).

Mas essa hierarquia não reflete a importância para a produção de defesa. A maioria dos sistemas de armas não operaria sem os produtos estratégicos (p.ex.: combustível), e os soldados não sobreviveriam sem alimentos. As empresas que compõem a BID também se diferenciam quanto ao grau de dependência da produção militar, e quanto à sua importância para a BID. Não há correlação necessária entre esses dois critérios. Empresas grandes podem considerar suas atividades na BID como secundárias, ainda que sejam fornecedores vitais de sistemas específicos, enquanto que empresas menores podem ser totalmente dependentes, mas não fornecedores importantes.

Os governos são os principais e, muitas vezes, os únicos compradores de equipamentos de defesa (monopsônio), portanto, para sobreviver as indústrias de defesa precisam se ajustar às incertezas resultantes de mudanças técnicas e choques externos. Elas precisam de recursos de P&D para inovarem nos mercados militares e civis (HARTLEY, 2015).

Nesse contexto, é fundamental que as empresas privadas desenvolvam a capacidade de suavizar os impactos de reduções drásticas nos orçamentos de defesa com a oferta de empregos em outras divisões, ou em empresas similares, assim como de servir a uma clientela totalmente nova, de atuar em parceria com outros setores públicos ou instituições não governamentais, e com as universidades, que podem contribuir com suas habilidades humanas e técnicas para ajudar no desenvolvimento dispendioso e demorado de aplicações capazes de gerar receitas novas as quais, mais adiante, retornarão à academia sob a forma de aperfeiçoamento de mão-de-obra científica mais qualificada.

Este ciclo de colaboração (YUZHUAO & AMARAL, 2021) foi estudado e chamado por diferentes nomes, mas a aceitação mais atual é denominada Modelo de Inovação Tríplice Hélice (MURARO, 2018). A Tríplice Hélice pode ser definida como um modelo de inovação no qual universidade/academia, indústria e governo, como esferas institucionais, interagem para promover o desenvolvimento através da inovação e do empreendedorismo. No processo de interação, instituições secundárias são formadas sob demanda, ou seja, «organizações híbridas». A dinâmica das esferas institucionais em uma Tripla Hélice sintetiza o poder interno e o poder externo de suas interações. Uma sociedade civil vibrante é a base da Tripla Hélice ideal,

integrando universidade, indústria e governo como esferas relativamente independentes (ETZKOWITZ & ZHOU, 2017).

Os conceitos de universidade empreendedora e Tríplice Hélice estão inter-relacionados. Um pré-requisito do modelo da Tríplice Hélice é que a universidade dê relevo para transferência de tecnologia, formação de empresas e sítios de inovação regional, o que a colocará em uma posição primária na sociedade baseada no conhecimento, em contraste com seu papel secundário na sociedade industrial, onde uma posição segregada e “neutra” da universidade a deixou fora do debate econômico.

Acompanha a noção de uma universidade empresarial o conceito de revoluções acadêmicas. A segunda revolução acadêmica é um conceito essencial para compreender o cenário modificado do ensino superior na sociedade baseada no conhecimento.

Enquanto o modelo Humboldtiano de integração da pesquisa e do ensino nas universidades representa a primeira revolução acadêmica, a segunda revolução acadêmica diz respeito ao elevado papel econômico das universidades as quais, por isso, devem empreender. Neste contexto, vários conceitos relacionados surgiram, tais como a terceira missão, o capitalismo acadêmico e o modo II de produção do conhecimento, que afetam os caminhos tradicionais de ensino e pesquisa da academia, conduzindo-a a se relacionar com outros interessados na indústria e no governo (ETZKOWITZ & ZHOU, 2017).

Isto cria uma nova dinâmica no trabalho, trazendo demandas tecnológicas para a universidade e disseminando resultados de pesquisa através de empresas cooperativas. Os professores foram autorizados e até mesmo incentivados a ocupar simultaneamente cargos em empresas e no campus. A existência da indústria técnica em simbiose com a universidade resulta em uma alta porcentagem de professores recrutados por causa de suas descobertas, e encorajados a exercer atividades extra-acadêmicas. Mas este processo de mudança não é uma conquista simples (MINEIRO; SOUZA; CASTRO, 2020).

Inúmeros pesquisadores, principalmente professores universitários, e muitos nas universidades públicas, tendem a rejeitar tentativas de aproximação da indústria, vendo-as como uma forma de “comercialização” do ensino e da pesquisa. Tal repulsa pode ser ainda mais intensa quando envolvem projetos relacionados à defesa (MANCIBO, 2004).

Procurando aperfeiçoar o modelo brasileiro de indústrias de defesa, foi editada a Lei nº 12.598, de 2012 (BRASIL, 2012), que estabelece normas especiais para as compras, contratações e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa. Além do modelo industrial propriamente dito, regulamentado pelo Decreto nº 7.970, de 2013 (BRASIL, 2013a), foi também criado um sistema especial de tributação, referido nos artigos 8º a 12 da Lei, e regulamentado pelo Decreto nº 8.122, de 2013 (BRASIL, 2013b).

É importante lembrar que, além da lei especificamente destinada ao setor de defesa, a Constituição também dá destaque à inovação tecnológica como ferramenta de aperfeiçoamento do bem-estar social, em seus artigos 218 e 219 (BRASIL, 1988):

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)



Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Os dispositivos constitucionais foram ampliados a partir da Emenda Constitucional nº 85, de 2015. Sobre os objetivos da alteração promovida, vale transcrever trecho do parecer apresentado pela autora da então proposta de emenda constitucional, *ipsis literis* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013):

Para promover a atualização da Constituição no que concerne ao tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação, o texto da proposta acrescenta as expressões “ciência”, “tecnologia”, “pesquisa” e

“inovação” a diversos dispositivos constitucionais. O objetivo primordial é com isso, ampliar a competência legislativa da União sobre o tema. Já no capítulo da Constituição destinado à Ciência e Tecnologia, o projeto pretende inserir o termo “inovação”, de modo a dar a esta atividade um tratamento prioritário, como já ocorre para a ciência e a tecnologia.

(...)

Adicionalmente, a proposta inclui a União no rol das entidades que podem vincular parte de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Atualmente, o texto constitucional prevê esse mecanismo somente para os Estados e o Distrito Federal. Há também a proposta de se adicionar parágrafo ao art. 218 da Constituição, com o objetivo de possibilitar a adoção de mecanismos especiais ou simplificados de contratação de bens e serviços, de controle e de tributação nas atividades de ciência, tecnologia e inovação. É previsto ainda que o Estado deverá estimular a formação e o fortalecimento de empresas inovadoras, a constituição e manutenção de polos tecnológicos e a criação, absorção e transferência de tecnologia.

Fica clara a intenção de se elevar a inovação tecnológica a um patamar estratégico como forma de melhoria das condições de vida da população em geral, inclusive no que diz respeito à geração de empregos qualificados e aperfeiçoamento da matriz econômica brasileira. A inovação científico-tecnológica na esfera civil-militar se insere neste cenário como um vetor específico da estratégia brasileira de inovação.

A Lei nº 12.598 apresenta definições importantes para as políticas públicas de Defesa Nacional, com destaque para conceitos de Produtos de Defesa, Produtos Estratégicos de Defesa, Sistema de Defesa (SD) e Empresa Estratégica de Defesa (EED) (SIQUEIRA et. al., 2020).

Por outro lado, a lei também se notabiliza pela previsão de um Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa (RETID), visando a encorajar as empresas do setor através da isenção de diversos tributos, o que facilita a aquisição de equipamentos pelas Forças Armadas e a exportação de produtos de defesa de fabricação nacional, contribuindo para o crescimento econômico do setor. Claramente, a legislação para o setor de defesa adotou os conceitos de inovação em Tríplice Hélice, assim como também o faz a Lei de Inovação (Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004), com suas subsequentes alterações, em especial a Lei nº 13.246, de 2016 (OLIVEIRA & MEDEIROS, 2017).

A conjugação das normas com os modelos de atuação teóricos pode ser sintetizada na seguinte imagem:

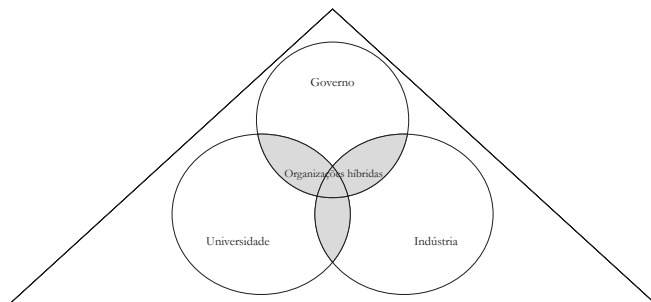


Figura 1: Estrutura social da tríplice hélice  
Fonte: ETZKOWITZ *et alli* (2017).

Aplicada à inovação em ciência e tecnologia de uso dual, civil e militar, a estrutura de tríplice hélice poderia ser caracterizada pelo seguinte esquema:

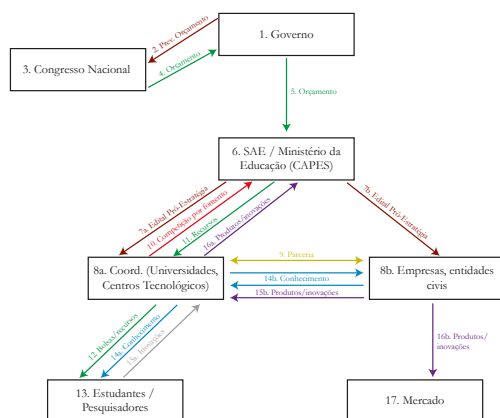


Figura 2: Esquema de interação tríplice hélice em defesa no Brasil  
Fonte: BRUSTOLIN (2014)

Articulando-se com os normativos dirigidos à BID, houve uma discreta, porém relevante inovação legislativa sobre pessoal militar das Forças Armadas, com a regulamentação da possibilidade de incorporação de pesquisadores seniores (inclusive mulheres), na qualidade de oficiais superiores temporários (os chamados oficiais R3 ou RM3), através da Lei nº 13.954, de 2019 (BRASIL, 2019), que inseriu um § 2º no art. 27 da Lei do Serviço Militar Obrigatório (LSM), reproduzindo em parte mecanismo em uso já

há muito tempo nos EUA (JENSEN, 2016). Isto amplia as possibilidades de integração de pesquisadores civis em ICTs militares, por um tempo determinado e com remuneração atrativa, de forma a aproximar as FFAA e a academia, pelo lado dos recursos humanos.

Portanto, já existe um marco referencial teórico adequado à produção de tecnologias de uso dual, tanto na literatura científica internacional, quanto na brasileira, a qual foi convertida em normas legais aptas ao desenvolvimento planteado.

Não obstante, a interação dos componentes da Tríplice Hélice, no contexto especial da inovação dual, está sujeita a vários obstáculos, dentre os quais se destacam o elemento humano de convivência profissional e acadêmica, e as fontes de financiamento. No caso brasileiro, e na América Latina, esses desafios assumem proporções maiores (VEGA-JURADO *et. al.*, 2007).

Um capítulo particular da questão se refere à participação de mulheres cientistas (DA CONCEIÇÃO & TEIXEIRA, 2020) e de mulheres militares, levando em conta o progressivo aumento do número de pesquisadoras nos vários ramos do conhecimento (SAID, 2023), e a necessidade de integra-las de maneira igualitária na academia e nas fileiras militares, tema objeto da “Agenda Mulheres, Paz e Segurança”, do Conselho de Segurança das Nações Unidas (BROWN, 2021).

Objetivando modelar essas interações a partir de um prisma mais objetivo, optou-se metodologicamente pela Teoria dos Sistemas complexos. Em uma definição didática, podemos dizer que quando juntamos um número grande de sistemas, as propriedades macroscópicas do resultante sistema composto não estão, via de regra, relacionadas com as propriedades dos sistemas originais. Neste caso, o sistema composto é um sistema complexo. Ciências como a física, a biologia, e a economia estudam sistemas complexos, pois lidam com múltiplos fenômenos governados, cada qual, por suas próprias leis, a exemplo de doenças, e da bolsa de valores (DILÃO, 1995).

Segundo Holland (1995), no estudo das organizações, o produto mais importante de tais sistemas é a capacidade de auto-aprendizado a partir de sua operação. Enquanto organizações herméticas, desprovidas de sensores externos só conseguem sobreviver por mutações fortuitas, sistemas organizacionais abertos intercambiam material genético. Reproduzem-se através de novas cadeias por «crossover», nos quais esquemas inovadores podem ser construídos a partir de esquemas anteriormente existentes.

Em ambientes permeados pela intervenção de políticas públicas, como é o caso da inovação tecnológica subsidiada por recursos públicos, ou então por atores privados que agem motivados pela possibilidade de futura participação em atividades sociais, a teoria de sistemas complexos fornece um conjunto de ferramentas. Análises que levam em consideração sistemas

complexos trazem mais vantagens do que os métodos tradicionais, servindo como um dispositivo de comunicação entre os agentes diretamente envolvidos (stakeholders), tais como pesquisadores e empresários, e os tomadores de decisão (FIALHO, 2002).

A metodologia de sistemas complexos é capaz de gerar uma grande quantidade de dados úteis para construir e criar visualizações mais concretas do cenário pesquisado. Ademais, esse método tem uma ontologia (ou seja, uma teoria das coisas que existem no modelo), que está mais perto do mundo real, do que modelos acadêmicos inerentes a cada um dos ramos do conhecimento individualmente agregados ao todo (RAND, 2015).

Cenários onde possam existir grandes níveis de assimetria de informações, sujeitas a pressões da opinião pública baseada em percepções do senso comum, na maior parte das vezes sem o menor suporte teórico, também são auxiliados pela modelagem de sistemas complexos que podem levar em conta mais este fator (RAMOS, 2017).

Sistemas complexos têm como principal atributo serem compostos por um grande número de indivíduos que interagem uns com os outros, de acordo com regras diferentes e contextos distintos. As características desse sistema seriam: i) não linearidade: padrões de interação entre indivíduos diferentes raramente seguem regras lineares; ii) múltiplos níveis de abstração: pode-se visualizar e analisar tais sistemas adotando a perspectiva de diferentes níveis de abstração, que vão desde indivíduos a entidades coletivas; iii) emergência: o comportamento de todo o sistema dificilmente pode ser predito *a priori*, dado que interações locais podem resultar em fenômenos emergentes dinâmicos; e iv) sistemas abertos: em sistemas complexos reais, frequentemente os indivíduos podem entrar e sair dinamicamente do sistema, sem uma governança global (SICHTMAN, 2015).

Um exemplo paradigmático de sistema organizacional complexo para o contexto de inovação em ciência e tecnologia de defesa, que trouxe no bojo dinâmicas e conflitos próprios de um ambiente em que conviveram civis da academia e da indústria, e militares, é o *Projeto Manhattan*, nome pelo qual ficou conhecido o empreendimento *Manhattan Engineer District* (Distrito Industrial Manhattan), levado a efeito sob a coordenação do Corpo de Engenheiros do Exército dos EUA (USACE), a partir de 13 de agosto de 1942, para o desenvolvimento e fabricação do primeiro artefato termonuclear de finalidade militar (REED, 2019).

O empreendimento foi conduzido em sigilo, reunindo inúmeros cientistas de renome, e suas famílias, em uma “vila” construída na cidade de Los Alamos, Novo México, sob a coordenação conjunta do General Lesley Richard Groves – notabilizado por sua rigidez –, e do Diretor Científico Julius Robert Oppenheimer, professor de física da Universidade da Califórnia, em Berkley (THORPE & SHAPIN, 2000).

Relatos dos cientistas envolvidos no projeto destacam que os problemas experimentados por estes em virtude do controle militar repousavam nas formas de pensamento organizacional dos militares, que impactavam os fluxos internos de informação, e a efetiva distribuição de recursos humanos e materiais. Para os cientistas, a organização militar era não apenas desagradável, mas também antiéticas do ponto de vista acadêmico, que atrasavam o andamento do projeto e poderiam, até mesmo, comprometer o resultado final desta (THORPE & SHAPIN, 2000). Foi neste cenário que a postura carismática e única de Oppenheimer se mostrou essencial para a solução dos problemas organizacionais.

É razoável concluir, portanto, que o sucesso de um empreendimento em Tríplex Hélice, para desenvolvimento de tecnologias duais, demanda elementos de intermediação administrativa e técnica, situação evidenciada em estudo que se debruçou sobre projetos do Exército Brasileiro. O estudo tomou por base a metodologia de gestão de competências, e identificou 27 competências importantes para gerenciar projetos e programas complexos de defesa. Tais competências estão divididas em 10 grupos: influência; comunicação; trabalho em equipe; contextual; gerenciamento; habilidades cognitivas; profissionalismo; conhecimento de gerenciamento de projetos; e habilidades e atributos pessoais ((BOLZAN *et. al.*, 2021).

Ao contrário do que se teorizava, habilidades emocionais foram consideradas menos relevantes, e sem relação com as demais competências enunciadas. Verificou-se serem mais valorizadas as competências individuais do que as competências sociais, indicando que as pessoas envolvidas em iniciativas complexas de defesa enfatizam competências técnicas e individuais. Embora existam parceiros privados para projetos de defesa sem a mesma cultura organizacional do meio militar, eles tendem a replicar o padrão de valorização de competências técnicas e individuais (BOLZAN *et. al.*, 2021).

Com base nesses achados, é possível concluir que os gerentes em projetos e programas complexos de defesa têm um perfil de competência centrado em competências individuais, refletindo algumas características da indústria de defesa e sua cultura. Neste sentido, segundo a pesquisa, projetos e programas de defesa extraordinariamente complexos e tecnológicos, de longa duração, demandariam indivíduos com profundo conhecimento e fortes habilidades cognitivas, assim, os gestores precisam compreender e se adaptar estas estruturas de competência (BOLZAN *et. al.*, 2021).

Além dos desafios referentes ao aspecto humano do desenvolvimento de sistemas complexos, deve ser considerado também o elemento financeiro, que viabiliza a mobilização de pessoas, instalações, insumos, equipamentos, licenças de software, etc., algumas vezes por anos, antes de um resultado palpável. De forma geral, os investimentos em C, T&I no Brasil se orientam no sentido do gráfico seguinte (dados de 2000 até 2020):

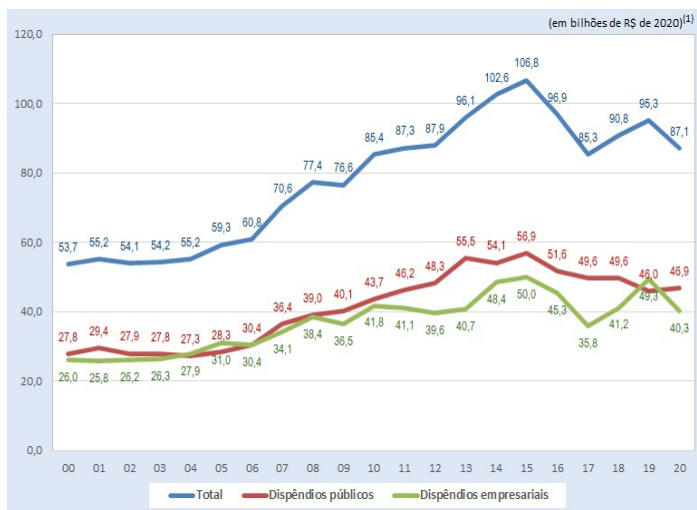


Figura 3: Dispendio Nacional em C, T&I, em relação PIB, por setor – 2000 a 2020  
Fonte: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (2022)

Especificamente na área de defesa, a maioria dos projetos vem sendo financiada pelo governo, alinhando demandas das Forças Armadas com a indústria de defesa, a partir de 2003, com a Estratégia Nacional de Defesa (END). Sob o enfoque do financiamento público, firmaram-se como principais agências de fomento o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e a Financiadora de Estudos e Pesquisas (FINEP). Até 2016, 117 empresas parceiras, 272 empresas líderes e 78 Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT) receberam investimentos de R\$ 8,7 bilhões, com recursos oriundos do Fundo Aeroespacial e Inova 2015 (PACHECO & PEDONE, 2016).

Mais recentemente, a partir de 2021, a EMBRAPII (Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial), uma organização social de fomento, passou a fortalecer os investimentos em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) em defesa, focada em estratégias de inovação nas empresas da BID. A EMBRAPII pode desenvolver projetos de Tecnologia da Informação, materiais, química, biotecnologia, manufatura, inteligência artificial e segurança cibernética (EMBRAPII, 2021).

Existe ainda o mecanismo de Encomendas Tecnológicas, um modelo de compra pública em que uma entidade governamental pode contratar pesquisa, desenvolvimento ou inovação para solucionar problemas técnicos específicos, colocando o poder de compra do Estado a serviço do desenvolvimento de novas tecnologias. Se estabelecem por meio de contratos caracterizados pela existência de risco tecnológico, possibilitados a partir de modificações na

Lei de Inovação, como alternativa ao mecanismo tradicional de aquisição de materiais através de licitações públicas (LIMA DE OLIVEIRA *et alli*, 2021).

Além disso, há gestões para criação de uma instituição financeira dedicada ao financiamento de produtos e serviços de defesa, estudada em conjuntos pelo Ministério da Defesa (MD), o BNDES, e entidades empresariais (INFODEFENSA, 2022).

Os mecanismos mais inovadores de financiamento do desenvolvimento tecnológico, tais como a sistemática de Encomendas Tecnológicas, que podem ser canalizados por meio de arranjos institucionais como a EMPRAP II e o futuro banco do setor de defesa apontam caminhos promissores para o desenvolvimento de tecnologias de uso dual no Brasil.

## **CONCLUSÃO**

É possível concluir que a pesquisa e desenvolvimento de tecnologias puramente de defesa ou de uso dual é essencial para o desenvolvimento científico-tecnológico de um país, e este, por sua vez, é o principal elemento do progresso econômico da nação.

Existem modelos de desenvolvimento de tecnologias duais que aparentemente chegam ao mesmo resultado, porém partindo de concepções antípodas. O modelo norte-americano basicamente delega a liderança das atividades de inovação para o setor privado, utilizando mecanismos sutis de indução da pesquisa por meio do estabelecimento de padrões comuns, e da concessão de financiamento à indústria ou para a universidade, de modo a garantir a circulação do conhecimento entre a universidade, o setor industrial e o aparato de defesa.

Já o mecanismo chinês de MCF impõe, desde um paradigma de economia centralizada, a obrigatoriedade de que toda iniciativa de inovação seja concebida desde o nascedouro prevendo simultaneamente empregos civis e militares, de maneira que a indústria, os militares e a academia se vejam comprometidas com a projeção estratégica do país tanto na esfera geopolítica quando no domínio econômico, tratados como duas faces do mesmo projeto de nação.

Para o Brasil seria adequada uma solução intermediária, uma vez que, sozinha, a BID e demais segmentos empresariais não têm nem os recursos financeiros necessários, e nem o capital intelectual acumulado para liderar a criação de inovação com tecnologias duais, porém, sendo uma nação democrática e com instituições políticas e jurídicas independentes, igualmente não seria possível e nem adequado um dirigismo estatal pautado somente nos interesses particulares de um setor ou administração transitória.

Uma saída possível para o Brasil seria a instituição de um modelo cooperativo que, após um processo transparente, periodicamente eleja



prioridades tecnológicas a serem financiadas com recursos públicos sustentáveis a longo prazo, de forma a perenizar capacidades da BID e da indústria nacional como um todo, aperfeiçoando mecanismos de integração da academia com a indústria, mediada por institutos militares de pesquisa.

Nesse sentido, a figura do oficial superior voluntário foi um passo a ser explorado para superar divergências culturais e históricas entre a academia e os militares, inclusive incorporando em funções não somente de apoio mais oficiais do sexo feminino, um segmento da sociedade que tende a ser predominante no quadro da produção acadêmica nas primeiras décadas do Século XXI, que tem potencialidades e necessidades específicas, equacionáveis no contexto da agenda Mulheres, Paz e Segurança, do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Existem mecanismos legislativos e institucionais já em vigor para possibilitando o desenvolvimento de tecnologias de uso dual brasileiras, mas sua efetiva utilização depende de mudanças culturais na indústria, na academia, e no próprio meio militar, de forma a conscientizar todos da indispensabilidade de um sistema tríplice hélice, capaz de dotar o país de capacidades competitivas e adequadas para a sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

BOLZAN, L.R, *et alli*. Main competencies to manage complex defence projects. *Project Leadership and Society*, 2, 100014, 2021.

BRANDT, Linda. Defense Conversion and Dual-Use Technology: The push toward civil-military integration. *Policy Studies Journal* 22.2, 359-370, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 21 dez. 2022.

Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 290-C*, de 2013. *Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação e dá outras providências*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1113429&filename=PEC%20290/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1113429&filename=PEC%20290/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 7970, de 28 de março de 2013*. Decreto nº 7.970 de 28/03/2013. Diário Oficial da União, 1 abr. 2013a. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/413193>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 8122, de 16 de outubro de 2013*. Decreto nº 8.122 de 16/10/2013. Diário Oficial da União, 17 out. 2013b. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/413459>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12598, de 21 de março de 2012*. Lei nº 12.598 de 21/03/2012. Diário Oficial da União - Edição Extra, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/589521>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13954, de 16 de dezembro de 2019*. Lei nº 13.954 de 16/12/2019. Diário Oficial da União, 17 dez. 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/31836233>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BROWN, Vanessa Ashley Renee. *Integrating gender and cultural perspectives in Canada's Professional Military Education: transforming military culture through informed leadership*. Tese de Doutorado: Carleton University, 2021.

BRUSTOLIN, Vitélio Marcos. *Inovação e desenvolvimento via Defesa Nacional nos EUA e no Brasil*. Tese de Doutorado: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2014.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *Defense Primer: RDT&E*, Nov. 2022. Disponível em: <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10553>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

DA CONCEIÇÃO, Josefa Martins; TEIXEIRA, Maria do Rocio Fontoura. A produção científica sobre as mulheres na ciência brasileira. *Revista Contexto & Educação*, v. 35, n. 112, p. 280-299, 2020.

DARBY, Christopher; SEWALL, Sarah. The Innovation Wars: America's Eroding Technological Advantage. *Foreign Affairs*, vol. 100, n. 2, mar.-abr. 2021, p. 142+

DE MASI, Domenico (Org.). *A Emoção e a Regra: Os grupos criativos na Europa de 1850 a 1950* – 9 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2007.

DILÃO, Rui. A ciência dos sistemas complexos. *Departamento de Física do IST*, v. 1, p. 1-14, 1995.

DIXIT, Saurabh. Military-Civil Fusion in China and Lessons for India. *Synergy (Cenjows)*, vol. 2 n. 1, p. 88-105, fev. 2023

DUNNE, J. Paul. Chapter 14 - The Defense Industrial Base in *Handbook of Defense Economics*, 399-430. Vol. 1. Elsevier B.V, 1995.

EMBRAPII, *Acordo entre Embrapii e Ministerio da Defesa vai Intensificar a Inovacao-na Area de Segurança*. notícia de 25 mai. 2021, disponível em: <<https://embrapii.org.br/acordo-entre-embrapii-e-ministerio-da-defesa-vai-intensificar-a-inovacao-na-area-de-seguranca/>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

ETZKOWITZ, HENRY e ZHOU, CHUNYAN. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados* [online]. 2017, v. 31, n. 90 [Acessado 4 Dezembro 2022], pp. 23-48. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.3190003>>. ISSN 1806-9592.

EVRON, Yoram. China's Military-Civil Fusion and Military Procurement. *Asia Policy*, Volume 16, n. 1, jan. 2021, pp. 25-44.

FIALHO, Francisco Antonio Pereira et al. Organizações como sistemas complexos. Tuiuti: *Ciência e Cultura*, v. 2, n. 33-32, 2002.

FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia A. M.; TOVOLLI, Marina H. Tóvolli. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2015

GUMMETT, Philip; REPPY, Judith (Ed.). *The relations between defence and civil technologies*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1988.

HARPER, John. Commercial Interest Grows in Defense Innovation Unit. *National Defense* 105, no. 809, 9, 2021.

HARTLEY, K. *Defence economics and the industrial base*. World, 185 (8,700), 2015.

HOLLAND, J. H. O. *How Adaptation Builds Complexity*. Cambridge: Perseus Books, 1995.

INFODEFENSA. *O Banco de Desenvolvimento do Brasil apoiará a base de defesa industrial*. Disponível em: < <https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3126743/banco-desenvolvimento-do-brasil-apoiara-base-defesa-industrial>>, acesso em: 20 dez.2022.

JENSEN, Benjamin. *Forging the sword: Doctrinal change in the US Army*. California: Stanford University Press, 2016.

KANIA, Elsa B. New Frontiers of Chinese Defense Innovation: Artificial Intelligence and Quantum Technologies. *SITC Research Briefs*, San Diego, Series 10, dez. 2018.

KUSHNIRSKY, Fyodor. (1991). Conversion, Civilian Production, and Goods Quality in the Soviet Economy. *Comparative Economic Studies*. 33. 10.1057/ces.1991.3.

LAQUEUR, Walter. The world as seen by Gorbachev. *Washington Quarterly*, v. 9, n. 4, p. 147-151, 1986.

LEVESQUE, G. Military-Civil Fusion: Beijing's Guns AND Butter Strategy to Become a Technological Superpower, *China Brief*, 19, 18, 2019.

LIMA FILHO, Racine Bezerra. Tecnologia de Emprego Dual: Apoio Logístico e Assistência Humanitária em Caso de Desastres Naturais e Atividades de Busca e Resgate. *Revista Profissional do Exército dos EUA*, n. 5, out. 2012.

LIMA DE OLIVEIRA, W.; OLIVEIRA, J. R. M. D. de S.; CAMPOS JÚNIOR, J. M. de; MATOS, P. de O. Encomendas tecnológicas em processos de obtenção de sistemas complexos de defesa. Coleção Meira Mattos: *Revista das Ciências Militares*, v. 15, n. 53, p. 127-145, 5 abr. 2021. <<https://doi.org/10.52781/cmm.a045>>. Acesso em: 19 mar. 2023

MCAFFEE, R. P.; MIALON, H. M.; WILLIAMS, M. A. When are sunk costs barriers to entry? Entry barriers in economic and antitrust analysis. *American Economic Review*, v. 94, n. 2, p. 461-465, 2004.

MANCEBO, D. Reforma universitária: reflexões sobre a privatização e a mercantilização do conhecimento. *Educação & Sociedade*, 25, 845-866, 2004.

MELO, Regiane. *Indústria de Defesa e Desenvolvimento Estratégico: Estudo comparado França-Brasil*. Brasília: FUNAG, 2015, 314 p.

MINEIRO, A. A. da C.; SOUZA, T. A.; CASTRO, C. C. de. Desafios e Críticas ao Modelo de Hélice Tríplice: uma revisão integrativa. *Desenvolvimento em Questão*, [S. l.], v. 18, n. 52, p. 233–248, 2020. DOI: 10.21527/2237-6453.2020.52.233-248.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO. *Dispêndio nacional em pesquisa e desenvolvimento (P&D) (em valores de 2020) total e por setor, 2000-2020*. 17 mar. 2023. Disponível em: < <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/indicadores/paginas/recursos-aplicados/indicadores-consolidados/2-1-3-brasil-dispendio-nacional-em-ciencia-e-tecnologia-em-valores-correntes-por-atividade>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

MOTA, Rui Martins da. Gestão da Inovação e Transformação do Exército. Coleção Meira Mattos: *Revista das Ciências Militares*, n. 24 (1). Disponível em: <<http://ebrevistas.eb.mil.br/RMM/article/view/78>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MURARO, Leopoldo Gomes. *Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil: percepção dos atores do Programa de Recursos Humanos em Áreas Estratégicas: pesquisador na Empresa (RHA-E-PE) do CNPq sobre facilitadores e inibidores de inovação*. Dissertação de Mestrado Profissional em Administração: Universidade de Brasília, 2018.

NICHOLS, Rodney W. Innovation, change, and order: Reflections on science and technology in India, China, and the United States. *Technology in Society*, v. 30, n. 3-4, p. 437-450, 2008.

OLIVEIRA, A.; MEDEIROS, H. A Universidade como Sócia: Aspectos do novo artigo 5º da Lei de Inovação. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, 3(2), 57. 2017.

PACHECO, Thiago; PEDONE, Luiz. Incentivos governamentais e indústria de defesa. *Revista Brasileira de Estudos de Defesa*, v. 3, n. 2, 2016.

RAMOS, Alexandre F. et al. Demystifying nuclear power: the linear non-threshold model and its use for evaluating radiation effects on living organisms. In *Anais da International Nuclear Atlantic Conference - INAC 2017*. Belo Horizonte, MG, Brazil, October 22-27, 2017.

RAND, William. *Sistemas Complexos: Conceitos, literatura, possibilidades e limitações*. in FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia A. M.; TOVOLLI, Marina H. Tóvolli. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2015, pp. 43-64.

REED, B. Legacies and Lessons: The Manhattan Project. *Trends in Chemistry*, 1(6), 543-544, 2019.

ROBINSON, David. Machines Don't Have to Break: Defense Innovation Unit Experimental Is Helping the Department of Defense Achieve the Financial and Readiness Improvements Available through Artificial Intelligence. *Army Sustainment* 50, n. 5, 36, 2018.

SAID. Pesquisadoras revelam os desafios das mulheres para fazer ciência. *Jornal da USP*, 10 fev. 2023. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/universidade/pesquisadoras-revelam-os-desafios-das-mulheres-para-fazer-ciencia/>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SICHMAN, Jaime Simão. *Operacionalização de sistemas complexos*. In FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia A. M.; TOVOLLI, Marina H. Tóvoli. *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2015, pp. 97-107.

SILVA, Fabricio Padilha Pereira da. *Novas Missões e Novas Tecnologias: O papel do governo federal e a criação da DARPA na construção da estratégia de supremacia em ciência & tecnologia & defesa dos Estados Unidos na guerra fria*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas (Instituto de Filosofia e Ciências Humanas), 2014.

SIQUEIRA BRICK, E.; FERNANDES ALVAREZ VILAS PORTO, H. O Papel do Estado e a interação entre empresas, Institutos de Ciência e Tecnologia (ICT) e Instituições de Ensino Superior (IES) para inovação e capacitação industrial e tecnológica para defesa no Brasil. *Revista Da Escola De Guerra Naval* (Ed. Português), 26(1), 254-303, 2020.

SIQUEIRA, Mauro Barbosa. O “Livro Branco” da Defesa Nacional na China e a Estratégia Nacional de Defesa. *Id. em Dest.*, Rio de Janeiro, (33): 17-29, maio/ago. 2010.

SPAGNUOLO, Giovanna. *Os Europeus fora da Europa: Projeto Manhattan em Los Alamos*. in DE MASI, Domenico (Org). *A Emoção e a Regra: Os grupos criativos na Europa de 1850 a 1950 – 9 ed.* Rio de Janeiro: José Olympio, 2007, pp. 359-385.

STEINBOCK, Dan. The Erosion of America’s Defense Innovation. *American Foreign Policy Interests*, 36:6, 366-374, 2014. DOI: 10.1080/10803920.2014.993251.

STONE, A.; WOOD, P. China’s Military-Civil Fusion Strategy: A View from Chinese Strategists. *China Aerospace Studies Institute*, 15 jun. 2020.

THORPE, Charles; SHAPIN, Steven. Who was J. Robert Oppenheimer? Charisma and complex organization. *Social Studies of Science*, v. 30, n. 4, p. 545-590, 2000.

TOLLEFSON, Jeff. What the rise of ‘Arpa-Everything’ Will Mean for Science?. *Nature* 595, 483-484, 2021. DOI: 10.1038/41586-021-01878.

VEGA-JURADO, J., FERNÁNDEZ-DE-LUCIO, I., & HUANCA-LOPEZ, R. La relación universidad-empresa en América Latina: ¿apropiación incorrecta de modelos foráneos? *Journal of technology management & innovation*, 2(3), 97-109, 2007.

WATKINS, Todd A. Beyond Guns and Butter: Managing dual-use technologies. *Technovation*, 10, n. 6, 389-406, 1990.

YUZHUO, Cai; AMARAL, Marcelo. The Triple Helix Model and the Future of Innovation: A Reflection on the Triple Helix Research Agenda. *Triple Helix (Heidelberg)* 8, no. 2: 217-29, 2021.

ZHAOBIN Sun; XIWEI, Liu, LING, Li; XIAOLIANG. Military-Civil fusion and optimisation of urban industrial structure: an evidence from China, *Cogent Economics & Finance*, 10:1, 2101221, 2022. DOI: 10.1080/23322039.2022.2101221.

ZHONG, Xin [钟新]. In-depth Implementation of the Military-Civil Integration Development Strategy [深入实施军民融合发展战略]. *Guangming Daily* [光明网], 16 nov.2017. Disponível em: <[http://epaper.gmw.cn/gmrb/html/2017-11/16/nw.D110000gmr\\_b\\_20171116\\_3-13.htm](http://epaper.gmw.cn/gmrb/html/2017-11/16/nw.D110000gmr_b_20171116_3-13.htm)>, Acesso em 27 nov. 2022.

RECEBIDO EM: 12/03/2023

APROVADO EM: 05/06/2023

DOSSIÊ

# A JUDICIALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*THE JUDICIALIZATION OF THE HIRING OF ARTISTS BY INEXIGIBILITY OF BIDDING IN LAW AND ECONOMIC'S PERSPECTIVE*

*Felipe Portela Bezerra<sup>1</sup>*

*Fernando Boarato Meneguini<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução 1. Contratos na Administração Pública: a inexigibilidade de licitação para contratação de artistas na Lei nº 14.133/2021. 1.1. Contratos e inexigibilidade de licitação na Lei nº 14.133/2021. 1.2. Análise Econômica do Direito e contratações na Administração Pública. 2. Estudo de caso: a judicialização da contratação de artistas por meio

<sup>1</sup> Mestre em Política Social e Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

<sup>2</sup> Pós-doutorado em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia, Law School/Berkeley. Doutor e Mestre em Economia pela Universidade de Brasília - UnB. Graduado em Matemática pela UnB e Bacharel em Direito pela Ambra University.



da inexigibilidade de licitação em 2022. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A contratação de profissionais do setor artístico pela Administração Pública por inexigibilidade de licitação é comum no âmbito municipal. Entretanto, o Ministério Público dos Estados vem questionando judicialmente a alocação de recursos públicos para essa finalidade. O objetivo da presente pesquisa é compreender, sob o prisma da Análise Econômica do Direito, os limites razoáveis da intervenção judicial nessas contratações. A metodologia da pesquisa é qualitativa, a partir do estudo de caso de decisões judiciais em dez contratações de artistas por municípios por meio da inexigibilidade de licitação no ano de 2022. Na análise, utilizam-se os conceitos de custo de oportunidade, eficiência e consequencialismo jurídico. A pesquisa demonstra que a Análise Econômica do Direito pode respaldar tecnicamente argumentos em prol de um melhor uso de recursos públicos por parte dos municípios, já que a norma não impõe considerações de bem-estar social na execução do dispêndio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inexigibilidade de Licitação. Contratação de Artistas. Eficiência na Administração Pública. Custo de Oportunidade. Consequencialismo Jurídico.

**ABSTRACT:** The hiring of professionals from the artistic sector by the Public Administration without being preceded by a bidding process is common at the municipal level. However, the Public Prosecutor's Office of the States has been claiming in court the allocation of public resources for this purpose. The objective of this research is to understand, from the perspective of Law and Economics, the reasonable limits of judicial intervention in these contracts. The research methodology is qualitative, based on judicial decisions about hiring of artists by municipalities through the unenforceability of bidding in the year 2022. In the analysis, the concepts of opportunity cost, efficiency and consequentialism are used. The research demonstrates that Law and Economics can technically support arguments in favor of a better use of public resources by the municipalities, since the norm does not impose considerations of social welfare to the expenditure.

**KEYWORDS:** Inexigibility of Bidding. Hiring of Artists. Efficiency in Public Administration. Opportunity Cost. Legal Consequentialism.

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública é constitucionalmente regida por regras que devem ser observadas por toda sua estrutura. O funcionamento do Estado abarca processos complexos que precisam de razoável delineamento de parâmetros para que haja um adequado funcionamento das organizações estatais. Uma dessas atividades que possibilita o adequado desenvolvimento das atividades da Administração é a contratação de serviços, produtos e obras.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) prevê, no Capítulo VII - Da Administração Pública, que haverá licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienação, ressalvados os casos especificados em legislação. O Constituinte estabeleceu que o processo licitatório é a regra para contratos firmados com a Administração, mas também autoriza que não haja essa licitação em algumas situações determinadas pela legislação infraconstitucional.

A Lei nº 14.133, de 2021, é o diploma normativo que estabelece as regras para licitações e contratos, inclusive em relação às possibilidades de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. Apesar do regramento, percebe-se que essas hipóteses de não realização de licitação são frequentemente alvo de intervenção judicial.

Nessa linha é que se tem o objetivo do presente texto: compreender os limites razoáveis da intervenção judicial em contratos baseados na aplicação do instituto da inexigibilidade de licitação, previsto em lei, para realizar a contratação de profissionais do setor artístico, analisando ainda como as decisões do Poder Judiciário abrangem conceitos relacionados à Análise Econômica do Direito, especificamente quanto ao custo de oportunidade, eficiência e o consequencialismo jurídico. Ao fim, a pesquisa tentará trazer possibilidades para resolver os desafios que compõem esse contexto de contratação de artistas pela Administração Pública.

A metodologia da pesquisa consistirá em um estudo de caso a partir das decisões judiciais sobre a contratação de artistas por inexigibilidade em 2022. A pesquisa será desenvolvida na seara da ausência de licitação, mais especificamente acerca do instituto da inexigibilidade de licitação previsto no art. 74 da Lei nº 14.133/2021 para a contratação de profissionais do setor artístico. O estudo de caso será composto por 10 municípios que contrataram artistas dessa forma no ano de 2022 e que o Ministério Público questionou o contrato judicialmente.

O método será qualitativo, com técnica exploratória, a fim de permitir uma análise de conteúdo das decisões judiciais em tela. A base de informações deve ser pautada na doutrina majoritária acerca do direito administrativo para licitações e contratos, na legislação federal acerca do tema, nas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito e nas decisões e argumentos das referidas intervenções judiciais nos contratos.

Para estruturar as ideias aqui introduzidas, o desenvolvimento do trabalho será feito da seguinte maneira: na seção um, há apresentação dos conceitos teóricos e legais que permeiam o cenário de contratações de artistas por meio da inexigibilidade de licitação e também há a exposição teórica dos conceitos a serem trabalhados a partir da Análise Econômica do Direito; na segunda seção, serão apresentados os dez casos concretos com referidas decisões judiciais analisadas à luz da eficiência, do custo de oportunidade e do consequencialismo jurídico. Por fim, tem-se a conclusão do trabalho, na qual se apresentam algumas reflexões críticas sobre o tema.

## **1. CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS NA LEI Nº 14.133/2021**

Esta primeira seção do trabalho está dividida em duas partes: inicialmente, serão abordados os principais conceitos teóricos acerca das contratações realizadas pela Administração Pública, assim como a legislação vigente acerca do tema, especificamente sobre o instituto da inexigibilidade na contratação de artistas. Em seguida, serão apresentados três conceitos que subsidiarão a pesquisa a partir da Análise Econômica do Direito: consequencialismo jurídico, eficiência e custo de oportunidade.

### **1.1. Contratos e inexigibilidade de licitação na Lei nº 14.133/2021**

Os contratos no âmbito da Administração Pública são regidos por fundamentos específicos que consideram as peculiaridades de estabelecimento dessa relação jurídica. A finalidade pública presente nas contratações é caracterizada por Di Pietro (2020) como uma singularidade importante para entender o desenvolvimento desses instrumentos, pois a atuação estatal compreende a busca por objetivos que têm o interesse público como base de desenvolvimento.

A contratação, segundo Carvalho (2015), pode ser realizada à luz do Direito Privado ou Público, a depender da situação e da finalidade. Serviços públicos têm suas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, pois ao Privado cabe a regência por regras do Direito Civil, como em casos de compra e venda que o Estado pode realizar.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que é necessário haver licitações para contratos de obras, serviços, compras e alienações, conforme disposto no art. 37, XXI e que casos especificados na legislação podem ser objeto de dispensa ou de inexigibilidade do processo licitatório. Maria Sylvia Zanella di Pietro (2020) analisa a inexigibilidade de licitações a partir da uma verificação minuciosa dos dispositivos presentes

na Lei nº 14.133, de 2021. A autora constata que há uma continuidade entre a lei anterior e a nova quanto ao trato dado pelo legislador à inexigibilidade de licitação para contratações em determinadas situações.

Di Pietro (2020) caracteriza a dispensa como uma situação em que é possível haver licitação, mas a Administração pode optar por não fazer. Já a inexigibilidade é vista pela autora como um cenário em que não há possibilidade de competição, pois apenas um contratado poderá atender as necessidades específicas do Estado naquele contexto.

A Lei Federal nº 14.133, de 2021, é o dispositivo legal que rege os contratos da Administração Pública. Ela dispõe sobre as modalidades de contratações, regras para licitações, critérios para escolhas de opções e procedimentos administrativos para condução da contratação. É também nessa norma que encontramos as hipóteses detalhadas de dispensa e de inexigibilidade da licitação. Há 5 hipóteses expressas, como rol exemplificativo, em que o instituto da inexigibilidade pode ser aplicado, entre elas a de profissional do setor artístico:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

**II - contratação de profissional do setor artístico**, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

(...) (BRASIL, 2021, *grifo nosso*).

Há possibilidade de que outras situações de inexigibilidade sejam estabelecidas pela situação concreta, já que o legislador não previu um rol taxativo nos 5 incisos do art. 74. As hipóteses apresentadas explicitamente pela legislação não dispensam outras que possam ser devidamente justificadas pela inviabilidade de competição (PIETRO, 2020).

A contratação embasada nas hipóteses de inexigibilidade deve respeitar regras gerais estabelecidas para a atuação do Estado. São aplicáveis a essas relações jurídicas a necessidade de motivação, de transparência, de disponibilidade orçamentária, pois estão abarcadas pelas normas contratuais com a Administração Pública.

Camelo, Nóbrega e Torres (2022) indicam que os contratos com o Estado precisam considerar alguns conceitos e ideias da ciência econômica. A complexidade dos compromissos estabelecidos pode necessitar de informações que extrapolam a seara jurídica, como as noções de otimização dos recursos para maiores ganhos em sociedade.

Carvalho Filho (2021) observa que os contratos administrativos precisam estar regidos à luz do direito administrativo em inteiro teor. É necessário que a escolha de contratação seja adequadamente baseada em opções que atendam ao interesse público, trazendo, direta ou indiretamente, benefícios para a coletividade.

Entre as hipóteses previstas pelo legislador para inexigibilidade de licitação, o inciso II do art. 74 prevê a contratação de profissionais do setor artístico, desde que eles sejam consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública. Tais critérios são expressamente previstos na legislação, mas não devem ser entendidos como suficientes para fomentar qualquer contratação artística que atenda a esses requisitos. Há outros elementos importantes que devem compor qualquer contrato da Administração Pública, como o interesse público, a moralidade e a eficiência. Este último elemento é princípio que baseia toda a atividade estatal, pois seu mandamento constitucional no contexto da Administração Pública se reflete na atuação do Estado em diferentes contextos. A realização de contratos com a Administração, sejam eles regidos por licitação ou por inexigibilidade, deve levar em conta todos os preceitos da própria atividade estatal.

## **1.2. Análise Econômica do Direito e contratações na Administração Pública**

Os aspectos estritamente vinculados à previsão legal de inexigibilidade de licitação para contratações de artistas pelo setor público abrem margem para que os gestores tenham ampla discricionariedade na escolha do valor a ser gasto e do contratado a ser escolhido. Nesse aspecto, Bittencourt (2021) tece críticas a respeito do dispêndio de recursos públicos para contratações artísticas. O autor reconhece que a legislação traz essa previsão, mas que critérios técnicos precisam acompanhar o processo de contratação. A ausência de previsões legais com parâmetros específicos para o estabelecimento dessa relação jurídica cria um cenário de ampla margem de escolha para a contratação.

Percebe-se que o tema acerca das contratações de profissionais do setor artístico pelo setor público recebe entendimentos divergentes, especialmente sobre a pertinência ou não do gasto público. Uma vez que há divergência doutrinária sobre o assunto, podem-se vislumbrar parâmetros para robustecer essa discussão por meio da Análise Econômica do Direito.

A disciplina *Law and Economics*, que no Brasil tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”, fornece “instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JR., 2012).

Há contribuições importantes da disciplina que podem fomentar a análise acerca da legitimidade das escolhas para contratação de artistas pelo Estado: a eficiência, conforme já citada como elemento basilar da AED, bem como o consequentialismo jurídico e o custo de oportunidade.

#### **a) Eficiência**

Uma norma ou uma política pública é eficiente se os benefícios oriundos da lei ou da política pública compensam os custos impostos por elas, além de serem os menores possíveis (MENEGUÍN, 2010). A noção de eficiência está relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma intervenção pública é eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar social.

No que se trata da eficiência, quando aplicado às normas ou políticas públicas, o critério mais apropriado de eficiência é aquele tratado sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks, em que se reconhece a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para que a alteração seja considerada eficiente (MENEGUÍN; TIMM, 2022).

A eficiência está também relacionada com a alocação de recursos, principalmente no contexto estatal de despesas públicas. O conceito de eficiência alocativa contribui para o debate a partir da noção de uma ótima distribuição de bens e de serviços:

Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, isto é, o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. Se houver uma outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então, esse estado social é alocativamente ineficiente (GICO, 2020, p. 43).

A eficiência, assim, é um conceito trabalhado pela Análise Econômica do Direito e que pode se relacionar às decisões judiciais que tratam sobre recursos públicos em determinadas situações. Trata-se de uma noção do conceito para além do princípio constitucional, de modo a aplicar suas premissas em casos concretos que visem o bem-estar social.

#### **b) Custo de oportunidade**

Os recursos estatais apresentam limites de uso que ensejam a necessidade de escolhas adequadas de alocação. A decisão de realizar um determinado gasto diminui a totalidade de recursos disponíveis para outros gastos. O conceito de custo de oportunidade, portanto, tem correlação direta com a alocação de

orçamento por parte do Estado, pois representa um custo econômico de uma alternativa que será deixada de lado (COOTER; ULEN, 2016).

Trata-se de uma categoria analítica que permite demonstrar que a alocação de recursos em determinada escolha impacta a possibilidade de atender outras necessidades que exijam recursos. O custo de oportunidade, no contexto da Administração Pública, é capaz de demonstrar que a realização de um gasto público implica em consequências para outras necessidades.

Meneguín e Timm (2022) analisam o conceito de custo de oportunidade e entendem que a limitação de recursos exige análise dos benefícios envolvidos a partir dos custos da escolha:

O método econômico foi construído porque existe escassez e, por conta disso, a sociedade deve fazer escolhas que, em muitos casos, são excludentes. Toda escolha envolve uma renúncia. Como alternativas devem ser escolhidas, os agentes devem ponderar custos e benefícios de cada alternativa e adotar a que traz mais bem-estar a eles. (p. 81)

A Administração Pública dispõe de recursos que podem ser gastos a partir de determinados critérios, inclusive discricionários. Entretanto, se faz necessário que o Estado aloque recursos de maneira eficiente, de modo a ampliar os ganhos coletivos em contexto de limitação de recursos que implica em custos de oportunidade.

### c) Consequencialismo jurídico

O consequencialismo jurídico é caracterizado por Mendonça (2018) como a “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa” (p. 47). Trata-se de considerar razoavelmente os impactos reais que determinada interpretação jurídica pode ocasionar.

O ordenamento jurídico brasileiro introduziu expressamente o consequencialismo por meio da Lei Federal nº 13.655 de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Os artigos 20 e 21 passaram a prever a necessidade de que as decisões administrativas e judiciais sejam embasadas em circunstâncias concretas que indiquem expressamente as suas consequências:

Art. 20 (...)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a **necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas**.

(...) (BRASIL, 2018, grifo nosso)

Nessa linha, fundamental se faz tecer, juntamente com a análise jurídica, uma análise das consequências acerca da decisão do gestor público de contratar, bem como das intervenções do Judiciário, focando no incremento do bem-estar social. Para tanto, é importante considerar o debate sobre consequencialismo jurídico, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.655, de 2018. Segundo Conrado e Meneguín (2019), a norma favorece a segurança jurídica:

A novel legislação, conhecida por trazer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, traz ainda a necessidade de se indicar as consequências jurídicas e administrativas por ocasião da decretação de nulidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, indo ao ensejo da moderna tendência de busca pela eficiência da atividade estatal (p. 01).

O consequencialismo jurídico deve ser bem desenvolvido nas decisões judiciais para que as partes envolvidas tenham maior segurança jurídica. Trata-se de uma inserção recente na legislação brasileira, mas que tem um potencial de contribuir substantivamente para as relações jurídicas.

## **2. ESTUDO DE CASO: A JUDICIALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS POR MEIO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM 2022**

O dispositivo legal que permite a inexigibilidade de licitação para a contratação de artistas por parte da Administração Pública pontua os requisitos necessários para tanto: contratação realizada diretamente ou por meio de empresário exclusivo, assim como consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Entretanto, ainda que sejam cumpridos os preceitos legais, existe uma provocação pela intervenção do Poder Judiciário para que a contratação não aconteça em determinadas situações.

O cenário frequente de escassez de recursos e da necessidade da presença estatal em várias situações provocou o questionamento, por parte do Ministério Público de cada estado, de contratos firmados entre um ente público e artistas, a partir da inexigibilidade de licitação no ano de 2022. A



Tabela 1, exposta a seguir, apresenta o rol com os dez casos selecionados para o presente estudo. Trata-se de uma amostra de pesquisa composta por casos que ocorreram no mesmo ano, a partir da aplicação do mesmo instituto legal para motivar a relação jurídica estabelecida, em municípios de seis estados da federação:

Tabela 1: Contratos de artistas questionados judicialmente em 2022

Município	Artistas	Valor	Data do evento	Instituição questionadora	Instrumento processual
Vitória do Mearim - MA	Wesley Saf.	R\$ 500.000,00 (cachê)	24 de abril de 2022	Ministério Público do Estado do Maranhão	Ação Civil Pública
Barra do Corda - MA	Xand Avião	R\$ 3 00.000,00 (cachê)	03 de maio de 2022	Ministério Público do Estado do Maranhão	Ação Civil Pública
Teolândia - BA	Gusttavo Lima e outros	R\$ 1.2000.000,00 (total)	04 e 05 de junho de 2022	Ministério Público do Estado da Bahia	Ação Civil Pública
Urucurituba AM	Sorriso Maroto e Bruno e Marrone	R\$ 700.000,00 (cachês)	15 a 18 de junho de 2022	Ministério Público do Estado do Amazonas	Ação Civil Pública
São Pedro do Piauí - PI	Wesley Saf.	R\$ 550.000,00 (cachê)	20 de junho de 2022	Ministério Público do Estado do Piauí	Ação Civil Pública
Cachoeira Alta - GO	Barões da Pisadinha, Leonardo e outros	R\$ 1.594.510,00 (total)	Junho a setembro de 2022	Ministério Público do Estado de Goiás	Ação Civil Pública
Marcos Parente - PI	Desejo de Menina	R\$ 140.400,00 (cachê)	14 de julho de 2022	Ministério Público do Estado do Piauí	Ação Civil Pública
Boca do Acre - AM	Tierry	R\$ 235.000,00 (cachê)	27 de agosto de 2022	Ministério Público do Estado do Amazonas	Ação Civil Pública
Igarapé do Meio - MA	Matheus e Kauan	R\$ 536.000,00 (total)	28 de setembro de 2022	Ministério Público do Estado do Maranhão	Ação Civil Pública

Piraí do Sul - PR	Barões da Pisadinha, Israel e Rodolfo, Fernando e Sorocaba e outros	R\$ 1.000.000,00 (total)	12 a 16 de outubro de 2022	Ministério Público do Estado do Paraná	Ação Civil Pública
----------------------	---------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------	-------------------------------------	-------------------------------------------------	-----------------------

Fonte: Elaborada pelo autor, 20223.

Os dez casos concretos apresentados na Tabela 1 referem-se a contratações de profissionais do setor artístico realizadas por meio de inexigibilidade de licitação. Todas as apresentações ocorreriam no ano de 2022 por meio de recursos de municípios. O questionamento dos contratos foi iniciativa do Ministério Público de cada Estado, o que demonstra que o *Parquet* é instituição atuante no contexto fiscalizatório das contratações municipais. Em todos os casos, o instrumento processual de questionamento ocorreu por meio de Ação Civil Pública ajuizada perante a primeira instância de cada juízo competente nos referidos estados.

É possível verificar que existe uma tendência do Ministério Público dos Estados de realizar o questionamento do instituto da inexigibilidade de licitação para contratação de artistas. Ainda que essa possibilidade de contratação esteja devidamente prevista na Lei nº 14.133/2021, é possível notar que a própria jurisprudência tende a relativizar a utilização dessa forma de contratação, pois nos casos analisados a intervenção judicial não se pautou em problemas pelo uso da inexigibilidade, mas em circunstâncias externas ao contrato, como problemas em outras áreas de serviços públicos.

Dessa forma, algumas informações devem ser analisadas para compreensão da própria utilização da inexigibilidade. Nas subseções a seguir, será demonstrada a aplicação dos três conceitos mencionados anteriormente, custo de oportunidade, eficiência e consequencialismo jurídico, nos casos em tela:

#### a) Custo de oportunidade

A alocação de recursos estatais demanda prioridades e escolhas que podem ter maior influência técnica ou política a depender da conjuntura. A realização de uma apresentação artística custeada por recursos municipais está presente nas dez situações analisadas na pesquisa, o que permite a associação do custo de oportunidade ao debate.

3 As informações presentes na Tabela 1 foram coletadas nos respectivos processos judiciais de cada município, conforme indicado nas referências bibliográficas. A informação em parêntesis na terceira coluna (Valor) se refere ao total do evento ou ao valor específico do cachê do artista, conforme indicado.

As competências municipais são estabelecidas constitucionalmente e, por isso, apresentam alto grau de relevância para a gestão local. Nas decisões analisadas, é possível verificar que o conceito de “custo de oportunidade” não está expresso diretamente dessa forma nos documentos. Entretanto, o teor das decisões apresenta conteúdo que utiliza sua noção, pois menciona outras prioridades do município que devem ser consideradas prioritariamente à realização de eventos com profissionais do setor artístico.

É interessante verificar que, nos dez casos analisados na pesquisa, houve menção às prioridades estatais, principalmente em áreas de educação, saúde e infraestrutura. No caso de Teolândia - BA, o Superior Tribunal de Justiça pautou a suspensão do evento com base na noção de custo de oportunidade, realizando comparação com outros serviços públicos:

Cuida-se de gasto deveras alto para um município pequeno, com baixa receita, no qual, como apontado pelo ministério público da Bahia, o valor despendido com a organização do evento chega a equivaler a meses de serviços públicos essenciais (...) (BRASIL, 2022d).

Em outro caso, em São Pedro do Piauí - PI, a contratação do artista por R\$ 550.000,00 também foi questionada em relação ao custo de oportunidade representado pela necessidade de melhoria dos serviços públicos do município. O juízo da Vara Única da Comarca de São Pedro do Piauí suspendeu o evento municipal usando argumentos que tangenciam o custo de oportunidade: “o município de São Pedro do Piauí vem enfrentando grande precariedade nos serviços de saúde, educação, saneamento básico, dentre tantos outros essenciais” (PIAÚÍ, 2022).

Trata-se de uma concepção de prestação de serviço público que deve se ater prioritariamente ao essencial para a garantia de direitos considerados fundamentais a partir do contexto brasileiro, principalmente devido à desigualdade material: “(...) considerada a situação do Município e seus habitantes, muitos deles carentes e necessitando de insumos básicos para viver e políticas públicas que atendam aos anseios sociais mínimos.” (PIAÚÍ, 2022).

O município de Boca do Acre, no Amazonas, compôs o polo passivo em Ação Civil Pública para o cancelamento de contrato com artista para apresentação no mês de junho de 2022. O custo de oportunidade mencionado na decisão de primeira instância explicitou a carência de saneamento básico e infraestrutura na região, assim como a prioridade necessária a outros serviços:

(...) não se justificaria dispendar a significativa quantia de R\$ 235.000,00 para a realização de um evento festivo, com duração de duas horas, em

detrimento de outros serviços públicos essenciais, como saneamento básico, coleta de lixo, desmoronamento de vias públicas por falta de manutenção, inadimplência das contas de energia, (AMAZONAS, 2022).

Em Urucurituba, também no Amazonas, o MPAM questionou judicialmente a contratação de artista devido à carência de diversos serviços públicos no ente. O Tribunal do Estado, entretanto, manteve a contratação, que foi suspensa pelo STJ em Suspensão de Liminar e de Sentença, pautada, principalmente, na precariedade de serviços municipais:

(...) o Município de Urucurituba possui graves problemas com serviços básicos. As fotos colocadas no corpo da petição inicial da ação civil pública pelo diligente Promotor de Justiça subscritor daquela comprovam esses problemas. Há escolas inacabadas. As ruas da cidade encontram-se em péssimo estado, inclusive a rua principal, defronte ao Rio Amazonas, que está com trecho erodido há mais de 30 dias, sem conserto. Apenas 23% da população conta com tratamento de esgoto. (BRASIL, 2022e)

Três municípios do Maranhão realizaram contratações artísticas por meio de inexigibilidade e também foram questionados judicialmente: em Igarapé do Meio e em Barra do Corda, os eventos foram cancelados já na primeira instância, com decisão mantida após recurso. O custo de oportunidade pode ser inferido em ambos os casos. No caso de Barra do Corda, o juízo argumentou que “Prosseguir com a realização do show artístico implica, enfim, em despesa pública desnecessária frente a outras urgentes e já comprovadas (...)” (MARANHÃO, 2022c). Em Igarapé do Meio, a suspensão reconheceu a importância do lazer, mas considera que outras áreas devem ter prioridade:

Diante de tais situações, mostra-se contrário ao interesse público a realização de gastos de elevada monta, envolvendo artistas renomados nacionalmente, cujos cachês são de valores elevados, em uma área que, apesar de ser extremamente importante (lazer), não possui prioridade frente a outras áreas mais urgentes de interesse público primário (educação, saúde, infraestrutura). (MARANHÃO, 2022a)

No terceiro município maranhense, Vitória do Mearim, o Tribunal reformou a decisão de primeira instância e entendeu não existir custo de oportunidade alto o suficiente no gasto de verbas públicas para a contratação de artista: “(...) não há demonstração efetiva de que a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) comprometerá a execução de outra política pública municipal destinada à garantia de direitos fundamentais” (MARANHÃO,

2022b). Entretanto, o Ministério Público do Estado do Amazonas recorreu ao STJ e obteve uma Suspensão de Liminar e de Sentença: “(...) realmente não se justifica a concessão da autorização sem que haja plena demonstração de que a realização do ato não prejudica demandas de saúde e escolares no município, que estão sendo questionadas judicialmente”. (BRASIL, 2022b)

Embora o Ministério Público tenha sido vencido em segundo grau, o *Parquet* solicitou Suspensão de Liminar e de Sentença (SLS) perante o Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do TJAM e o Ministro Presidente atendeu ao pleito com argumentos que remetem à noção do custo de oportunidade do gasto alocado no evento. É possível verificar que a decisão superior foi pautada em processos judiciais que questionam a própria gestão dos serviços públicos de saúde e educação do município.

O ônus da demonstração de que a contratação não prejudica a prestação de políticas no âmbito municipal deve, conforme decidido na SLS, ser de responsabilidade do próprio ente. Portanto, nessa situação concreta, é possível verificar que não basta haver discricionariedade e recursos disponíveis para a contratação, mas também é necessário que seja comprovado que os demais serviços públicos não serão prejudicados.

No Estado do Paraná, no município de Pirai do Sul, a contratação de artistas para evento que custaria mais de um milhão de reais foi suspensa judicialmente devido à precariedade de serviços públicos municipais, que já culminavam em 20 procedimentos administrativos perante o MP para tentar solucionar problemas diversos da cidade (Paraná, 2022).

É interessante verificar que o custo de oportunidade em realizar o evento foi questionado concretamente a partir de procedimentos administrativos que buscam solucionar problemas municipais por meio da atuação da Promotoria de Justiça do município. Trata-se de um argumento que indica a atuação do *Parquet* em outras situações que possivelmente não foram, ainda, levados a juízo. Entretanto, no caso do contrato dos artistas, foi necessária uma atuação judicial para a resolução do problema de forma célere.

O município de Cachoeira Alta, no Goiás, também tentou realizar a contratação de artistas e o juízo de primeiro grau manteve mesmo após a Ação Civil Pública ajuizada pelo MPOGO: “(...) não há menção na petição inicial de que o Município não tenha empregado gastos mínimos com saúde e educação e, de outro lado, a Municipalidade trouxe aos autos informações relacionadas ao desempenho orçamentário das referidas pastas (...)” (GOIÁS, 2022).

Entretanto, o Tribunal Estadual reformou a decisão e o STJ também manteve o entendimento quando questionado por meio de Suspensão de Liminar e de Sentença: “O argumento do Ministério Público no pleito é justamente que a realização dos shows causará lesão à ordem pública administrativa local, dada a precariedade dos serviços prestados à população e o altíssimo custo dos shows” (BRASIL, 2022c). Em mais uma decisão

no mesmo sentido, a Corte Superior firmou o entendimento que remete a custo de oportunidade ao suspender contratos de artistas realizados a partir da inexigibilidade de licitação.

A legislação relativa à inexigibilidade não foi aplicada, portanto, de maneira direta e literal nos casos acima. Embora todos os contratos atendessem às cláusulas legais para estabelecimento das contratações, relativas à empresário exclusivo ou contratação direta e notório reconhecimento público, é possível observar que as razões de questionamento dos contratos são atinentes ao custo de oportunidade para realizar cada evento.

Não estão em debate os preceitos legais para o contrato, já que foram cumpridos nos casos em análise, mas sim o que deve ou não ser prioridade para o ente municipal. O Poder Judiciário, em regra, não tem competência, dentro dos processos supracitados, para alocar diretamente os recursos públicos para outras áreas de aplicação dentro dos municípios. Entretanto, é interessante observar que em todas as decisões, o juízo competente pela análise utilizou a argumentação relativa ao custo de oportunidade quando o ente realiza despesa em uma área e não em outras. O limite da discricionariedade do gestor público do poder Executivo passa a ser analisado de maneira mais profunda, pois a prestação de serviços públicos tem demandas que são consideradas de maior urgência e relevância pelas próprias autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário.

As decisões não apresentam expressamente a expressão “custo de oportunidade”. Entretanto, o conteúdo delas está vinculado a esse conceito, que colaborou na construção do argumento das decisões, o que pode indicar uma contribuição teórica importante da Análise Econômica do Direito para motivar as decisões que aplicam o conceito.

## **b) Eficiência**

A eficiência é princípio constitucional que deve reger a Administração Pública, principalmente na alocação de recursos financeiros. A realização de eventos que exigem um considerável investimento municipal pode ser questionada quanto à eficiência da alocação desses recursos, pois os benefícios obtidos nem sempre podem ser os mais vantajosos quanto ao bom rendimento do gasto público.

Diferentemente das menções importantes acerca do custo de oportunidade das contratações, conforme visto na seção anterior, o debate sobre eficiência do gasto nas decisões em tela possui menor destaque no conteúdo analisado. Entre os 10 casos analisados, algumas decisões mencionam expressamente o princípio da eficiência no contexto da Administração Pública, enquanto outras mencionam alguma relação entre o gasto para o evento e os benefícios obtidos.

Na Comarca de São Pedro do Piauí - PI, o juízo mencionou expressamente o princípio da eficiência em sua decisão para suspender a apresentação. Em segunda instância, a decisão foi mantida e houve menção expressa ao argumento da primeira decisão:

(...) existem inúmeros artistas que prestam serviços de qualidade por preços infinitamente menores que os aqui referidos, e cabe ao Judiciário, quando acionado, analisar a legalidade e regularidade de tais contratações, não podendo ser vista a discricionariedade como capricho pessoal do gestor, sob pena do seu desejo pessoal se sobrepor aos anseios da coletividade. Há de se ressaltar que, ainda que discricionário, o ato administrativo combatido deve respeito aos princípios administrativos, tais como o da moralidade e eficiência, não sendo razoável a contratação de um cantor de renome nacional para cantar por pouco mais de uma hora nos festejos da cidade pelo valor de R\$ 550.000,00 (PIAUI, 2022)

A decisão supramencionada trata da eficiência a partir de dois argumentos plausíveis no contexto daquela contratação. Há comparação do artista contratado em relação a outros artistas que poderiam ter sido escolhidos por um preço menor, a fim de manter o evento no município com apresentação de menor custo. Em seguida, é mencionado o princípio constitucional da eficiência, ao lado da moralidade, mas não há maior profundidade em torno dessa menção à situação fática.

Também no Piauí, o contrato realizado pelo município de Marcos Parente foi suspenso pelo Superior Tribunal de Justiça com uso do argumento da eficiência do gasto público, mencionando que a população do ente é de aproximadamente 4 mil pessoas e que há questionamento judicial da aplicação de recursos municipais em outras áreas (BRASIL, 2022f). Nesse caso, entendemos que a utilização do conceito de eficiência remete também ao custo de oportunidade.

Em Igarapé do Meio, no Maranhão, a decisão em primeira instância também menciona o princípio constitucional e faz referência expressa ao art. 37 da Carta Magna, assim como ressalta que o município tem apenas 14.470 habitantes e o evento de mais de meio milhão de reais poderia ocasionar lesão à população: “estamos diante de um município pequeno, de aproximadamente 14.470 habitantes, segundo o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, o que aumenta a probabilidade concreta de lesão à comunidade local” (MARANHÃO, 2022a).

Também no Maranhão, a justiça estadual e o STJ mantiveram o entendimento acerca da contratação de artista realizada pelo município de Vitória do Mearim. O Superior Tribunal de Justiça analisou a eficiência do

gasto para manter a decisão de suspender o contrato porque os benefícios a partir do gasto público seriam baixos: “o dispêndio da quantia sinalizada com um show artístico de pouco mais de uma hora, em município de pouco mais de trinta mil habitantes, justifica a precaução cautelar do juiz de primeiro grau” (BRASIL, 2022b).

No terceiro caso analisado em município maranhense, a respeito da contratação realizada por Barra do Corda, a eficiência foi mencionada apenas como princípio do direito administrativo que é incompatível com o contrato firmado pelo ente. É uma decisão que não se aprofunda na questão da eficiência do gasto público, mas a considera importante como princípio que pautou a suspensão do contrato (MARANHÃO, 2022c).

A contratação realizada pelo município de Piraí do Sul, no Paraná, teve expressa menção à eficiência, inclusive a partir de doutrina jurídica. Em primeira instância, essa decisão, mantida pelo Tribunal, trouxe a argumentação sobre o conceito de eficiência a partir do professor Carvalho Filho:

ao lado do princípio da moralidade também está o princípio da eficiência, o qual revela que um dos pilares da Administração Pública “[...] é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.” (grifei) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31). (PARANÁ, 2022).

A decisão também abarcou uma análise interessante que comparou a contratação dos artistas e o total destinado para cultura, desporto e lazer no orçamento municipal. O juízo entendeu, em cognição sumária, que é obrigatório haver eficiência na prestação de serviços públicos e que os valores alocados para os artistas violariam o princípio:

Percebe-se, então, que somente com a contratação daqueles artistas o MUNICÍPIO DE PIRAÍ DO SUL arcará com o valor total de R\$870.000,00 (oitocentos e setenta mil reais), além do pagamento de até R\$190.050,40 com empresa destinada a fornecer gerador de energia para aquele evento. Ocorre que tal montante destinado à realização de um único evento é superior à previsão orçamentária anual de 2022 para as áreas da cultura (R\$ 213.000,00) e do desporto e lazer (R\$646.000,00) juntas, segundo previsto na Lei Municipal nº 2.358/2021. (PARANÁ, 2022)

Trata-se de uma decisão com embasamento argumentativo adequado para pautar a suspensão dos contratos. Houve utilização de dados



orçamentários do ente, o que demonstrou a necessidade de intervenção judicial na contratação, assim como menção expressa à eficiência e à necessidade de observação do gasto público realizado a partir da otimização de recursos no contexto de prestação de serviços públicos.

Em Cachoeira Alta - GO, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás utilizou argumentos em torno da eficiência do gasto público para suspender a contratação, o que também foi seguido em decisão de recurso perante o Superior Tribunal de Justiça. Na decisão em segunda instância, houve expressa menção aos números em torno do evento e do orçamento municipal: “(...) se trata de vultoso montante - R\$ 1.594.510,00 (um milhão quinhentos e noventa e quatro mil, quinhentos e dez reais) – destinado a eventos festivos em um município pequeno, com cerca de 12.843 habitantes, representando 2,2% do orçamento público em 2022.” (GOIÁS, 2022). Na decisão do STJ, a menção ao princípio da eficiência compôs a argumentação para manter a decisão do tribunal estadual:

Na instância ordinária, existe demanda judicial em andamento que questiona a eficiência dos serviços prestados pelo município em tela e indícios de má aplicação do dinheiro público, demanda esta relacionada a serviços públicos fundamentais. (...) Nesse equilíbrio entre os elementos fáticos trazidos, o dispêndio da quantia sinalizada com um show artístico, em município de pouco mais de treze mil habitantes, justifica a precaução cautelar de suspensão da realização do show. (BRASIL, 2022c)

Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça manteve a suspensão do contrato realizado pelo município de Urucurituba, no Amazonas, com valor estimado em R\$ 700.000,00. O argumento da decisão também utilizou a eficiência do gasto público a partir da quantidade de habitantes do ente e do benefício que o valor poderia gerar em outras áreas. (BRASIL, 2022e).

Portanto, nos dez casos em análise para essa pesquisa, apenas dois deles não apresentaram menção a argumentos explícitos em torno da eficiência do gasto público para motivar a intervenção judicial em contrato de municípios e artistas: Teolândia, na Bahia, e Boca do Acre, no Amazonas. A eficiência aparece presente nos demais casos em apreço, seja em maior ou em menor grau de profundidade. É um conceito importante que aparece primariamente como princípio administrativo no art. 37 da Constituição Federal, mas que ganha aplicações importantes em decisões que buscam proteger o gasto público, inclusive em situações de inexigibilidade de licitação.

Uma maior profundidade da análise da eficiência das contratações no setor público pode respaldar melhor as decisões judiciais que intervirem nesses contratos. À luz da Análise Econômica do Direito, é possível verificar que essa categoria analítica pode fomentar os argumentos das decisões

judiciais no contexto do uso de recursos públicos, sopesando custos e benefícios sociais, por meio de um conjunto teórico consistente que mantém a importância da análise de eficiência para uma aplicação além da própria noção do princípio constitucional.

A análise do gasto público é fundamental para a aplicação adequada das receitas disponíveis. O Tesouro Nacional calcula a capacidade de pagamento (CAPAG) dos municípios pleiteantes de garantia ou aval da União para a contratação de empréstimos. A análise da capacidade de pagamento apura a situação fiscal dos entes subnacionais. Um dos indicadores é o da poupança corrente, que corresponde à relação entre despesas correntes e receitas correntes ajustadas do município. Quanto menor o indicador, melhor é a situação das contas do ente federativo, pois é maior a capacidade da receita corrente para financiar investimentos e/ou amortizar a dívida.

O Tesouro Nacional classifica os municípios com as notas A, B e C, sendo A nota que reflete a melhor situação e C, nota que reflete a pior. Perceba que, entre os municípios estudados nessa pesquisa, apenas Igarapé do Meio e Piraí do Sul estão com nota A. Todos os outros não estão em condições tão favoráveis, sendo que o pior caso é o município Boca do Acre, que possui indicador superior a 1, denotando despesas correntes maiores que as receitas correntes:

Tabela 2: Capacidade de pagamento dos municípios

Município	Indicador de capacidade de pagamento	Nota
Vitória do Mearim - MA	0,936857351177694	B
Barra do Corda - MA	0,905882936965382	B
Teolândia - BA	0,992000479205095	C
Urucurituba - AM	0,977074771672723	C
São Pedro do Piauí - PI	0,917829713189816	B
Cachoeira Alta - GO	0,955992055598931	C
Marcos Parente - PI	0,98732750784973	C
Boca do Acre - AM	1,02066657400813	C
Igarapé do Meio - MA	0,777686930296396	A
Piraí do Sul - PR	0,78843823241007	A

Fonte: Capag Municípios 2022 - revisão. Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.tesourotransparente.gov.br/ckan/dataset/capag-municipios><sup>4</sup>

4 Acesso em 02 jun. 2023.

O equilíbrio das contas públicas é fundamental para a manutenção dos serviços essenciais prestados pelo município. Não há como concordar em gastos elevados com contratação de artistas quando a capacidade de pagamento do município é baixa. Um indicador alto de poupança corrente reflete situação em que o município deveria estar mais atento com o valor dos dispêndios, bem como com a qualidade e a escolha dos gastos públicos realizados.

### **c) Consequencialismo**

As decisões da Administração Pública podem ter características discricionárias ou vinculadas, a depender da situação. No contexto da inexigibilidade de licitação para a contratação de artistas, trata-se de uma decisão discricionária do ente contratante, já que o cumprimento dos requisitos previstos em lei possibilita a escolha do artista e o ente pode firmar tal contrato se for conveniente e oportuno a partir de sua análise.

O consequencialismo jurídico preza pela análise do impacto que a decisão estatal pode causar. Conforme observado nas seções anteriores, existe um custo de oportunidade ao alocar recursos públicos em determinado projeto, já que outras demandas terão menos recursos a sua disposição. Há, também, uma preocupação com a própria eficiência do gasto público, já que ele deve ser empregado da melhor maneira possível a fim de maximizar os ganhos obtidos por meio das ações do Estado. Nesta terceira seção, o objetivo é verificar como as decisões judiciais dos dez casos analisados abordam o consequencialismo jurídico, considerando os efeitos concretos da ação estatal e da intervenção judicial.

A LINDB, ao incorporar o consequencialismo em seu art. 21, determina que sejam demonstradas as consequências das decisões jurídicas. Nos casos em análise, é possível observar que algumas decisões suspenderam as contratações dos artistas, outras proibiram até mesmo a continuidade de contratos ligados ao objeto inicial e há, também, casos em que houve suspensão sem mais detalhes de consequências.

O município de Boca do Acre, no Amazonas, foi proibido de realizar qualquer pagamento ou transferência financeira decorrentes da relação jurídica entre o ente e o cantor contratado previamente por inexigibilidade. Na decisão judicial, o juízo de primeira instância atendeu ao pedido do Ministério Público e não permitiu que fosse honrado qualquer compromisso contratual com o artista, sob pena de bloqueio coercitivo correspondente ao valor da contratação (AMAZONAS, 2022).

A contratação realizada pelo município de Igarapé do Meio, no Maranhão, foi também suspensa judicialmente e a primeira instância do judiciário estadual determinou que todos os demais contratos de apoio ao

evento também não poderiam ser honrados. A decisão proibiu, inclusive, novas contratações por parte do município: “bem como que se abstenha de contratar outras atrações artísticas da mesma magnitude até o julgamento final da presente ação”. (MARANHÃO, 2022a).

Entretanto, a decisão foi reformada em segunda instância e o evento ocorreu normalmente, após análise do Tribunal no próprio dia do evento. Os contratos previamente cumpridos foram honrados após a nova decisão, que foi publicada algumas horas antes do evento acontecer (MARANHÃO, 2022a). Por um lado, há respeito às consequências previamente estabelecidas entre o ente e os fornecedores de serviços, que poderiam ser prejudicados em caso de suspensão dos contratos. Por outro, é perceptível que a própria realização do evento, como consequência de decisão judicial, se contrapõe ao que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido em casos semelhantes, ainda que as consequências do cancelamento também sejam graves. (BRASIL, 2022b, 2022c, 2022d, 2022e, 2022f).

Outro município maranhense, em situação semelhante, não teve decisão judicial favorável à manutenção dos contratos. Em Barra do Corda, o ente estava passível de arcar com 50 mil reais de multa por dia caso mantivesse os contratos celebrados para evento no município a partir da inexigibilidade de licitação (MARANHÃO, 2022c).

No Estado de Goiás, o município de Cachoeira Alta teve o contrato com artista suspenso somente na segunda instância. As consequências foram bem detalhadas na decisão:

suspensão imediata da vigência e da execução dos contratos administrativos n. 86/2021, 87/2021, 93/2021, 42/2022, 43/2022, 47/2022 e 48/2022, além das contratações oriundas dos pregões presenciais n. 30/2022 e 31/2022 e do procedimento de dispensa n. 255/2022; e, por consequência, a suspensão do financiamento e da realização do evento denominado “Junião do Trabalhador” com recursos públicos e a realização de pagamentos pela Prefeitura de Cachoeira Alta com base em tais contratações. Caso descumprida esta decisão, determino aplicação de multa diária, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de inadimplemento, limitada a 30 (trinta) dias, nos termos dos artigos 301 e 537, do Código de Processo Civil. (GOIÁS, 2022)

O Superior Tribunal de Justiça manteve o teor dessa decisão e ponderou que a consequência mais grave seria irreversibilidade ao prejuízo nas contas públicas: “Na verdade, há risco de perigo da demora inverso, uma vez que, ao ser permitida a realização dos shows em comento, ocorrerá a consequência irreversível da realização da atividade cultural com prejuízo aos cofres públicos” (BRASIL, 2022c). Trata-se de uma previsão importante de verificar

as consequências da entrega do objeto contratual e do seu impacto nas contas do próprio ente, verificando que tal produto poderia causar prejuízo ainda mais significativo que a própria intervenção judicial pela suspensão da contratação.

No Estado do Piauí, o Tribunal manteve a contratação realizada pelo município Marcos Parente, mas o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a decisão e não autorizou a realização do evento. Entretanto, o evento ocorreu normalmente, pois a decisão do STJ foi publicada no dia seguinte à data programada para a apresentação do artista contratado (BRASIL, 2022f). Trata-se de uma grave dissonância entre a decisão que deve prevalecer no sistema jurídico e os efeitos reais de sua aplicabilidade, porque o compromisso do contratado foi honrado e a Suspensão de Liminar e de Sentença proferida pela justiça superior proibiu o pagamento previamente estabelecido.

Dessa forma, é possível que a própria decisão liminar seja revista para honrar o pagamento do compromisso contratual, considerando que o objeto da contratação foi entregue. É uma situação complexa que se afasta, em parte, do próprio consequentialismo previsto na LINDB, pois as decisões precisam expressar as consequências a partir de seu mérito.

O caso da contratação do município de Urucurituba, no Amazonas, teve expressa menção à LINDB na decisão do STJ a respeito da suspensão do contrato:

Nunca é demais lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após o advento da Lei n. 13.655/2018, impôs aos julgadores, tanto nas esferas administrativas, de controle e judicial, a necessidade de considerar as consequências jurídicas e administrativas de suas decisões, não podendo os julgados se fundamentar apenas em valores jurídicos abstratos (...)

Ante o exposto, defiro a suspensão ativa pretendida para proibir a contratação e a realização dos shows artísticos da dupla sertaneja Bruno & Marrone e do Grupo de Pagode Sorriso Maroto, no Município de Urucurituba, na XVII Festa do Cacau, tal como pedido na Ação Civil Pública n. 0600359-39.2022.8.04.7600, em trâmite na Vara Única da Comarca da Urucurituba/AM. (BRASIL, 2022e)

É a única decisão que citou expressamente o referido artigo da LINDB, que insere na legislação brasileira o consequentialismo como componente das decisões administrativas, judiciais e de controle. Foi uma suspensão integral do contrato e se trata de importante citação da norma que deve ser seguida pelas decisões judiciais no país.

O município de Teolândia, na Bahia, teve o contrato com artista suspenso a partir de decisão do STJ, que alterou o entendimento do Tribunal estadual, que manteve a apresentação após reformar a decisão de primeira instância. A decisão superior foi publicada apenas algumas horas antes da realização do show, que ocorria dentro de festival municipal. O evento estava pronto, com toda estrutura para a realização do show principal, pois o Tribunal do Estado reconheceu a possibilidade da contratação (BRASIL, 2022d). As consequências, nesse caso, são muito sérias, já que existiu uma estrutura posta à disposição do evento, custeada pelo ente municipal, a fim de possibilitar a apresentação que não pôde acontecer.

Não houve menção, por parte do STJ, a respeito dos demais contratos realizados para a apresentação. Considerando o texto da decisão, é possível que o município arque com os demais custos e não honre apenas o contrato com o artista, estabelecido previamente por inexigibilidade, podendo arcar, inclusive, com as multas previstas:

Pontue-se, em conclusão, que eventuais gastos já adiantados pelo município não constituem fonte de argumento suficiente para autorizar o dispêndio total do evento, porquanto eles podem ser recuperados diante da não realização do show e, evidentemente, nenhuma multa contratual prevalece perante o interesse público maior. (BRASIL, 2022d)

Assim, o Tribunal ponderou, ainda que sumariamente, as consequências da decisão e entendeu ser mais importante preservar o interesse público de não realizar o evento e arcar apenas com as multas.

Em outros três municípios, entre os dez casos analisados, não houve menção expressa às consequências da decisão: Piraí do Sul - PR, Vitória do Mearim - MA e São Pedro do Piauí - PI. As decisões foram limitadas à suspensão do contrato, sem aprofundamento das consequências que ocorreriam em cada caso concreto. Dessa forma, é possível verificar que sete decisões pautaram as consequências da intervenção judicial nos contratos, o que atende ao estabelecido pela LINDB.

Há decisões que preveem consequências mais graves, como aplicação de multa ou suspensão dos serviços públicos de apoio ao evento, enquanto algumas outras mencionam apenas a suspensão do contrato. Em cada caso, é provável que o poder judiciário tenha se manifestado a partir das circunstâncias concretas, inclusive de possível desobediência.

Há consequências importantes do ponto de vista contratual quando a intervenção judicial suspende a eficácia daquele contrato previamente estabelecido. O objeto diretamente atingido pode ter impacto em outros, como em contratos secundários que serviriam de apoio para a execução do projeto principal. No caso das contratações de artistas por inexigibilidade, é

comum que outros contratos estejam interligados, principalmente relacionados à infraestrutura para o evento.

Dessa forma, é interessante verificar que existiu uma preocupação com as consequências jurídicas dos contratos que envolvem os eventos. Por outro lado, é importante notar que existem graves impactos dessa intervenção judicial, pois os contratados realizam uma programação para atender ao estabelecido pelo contratante na entrega do produto.

A intervenção judicial, com indicação das possíveis consequências, deveria ser exceção nos contratos estabelecidos por meio de inexigibilidade de licitação, dado que os preceitos legais foram atendidos. Entretanto, é possível verificar que há questões sérias e complexas que motivam essa intervenção, principalmente ligadas aos próprios problemas municipais que aparentam exigir maior atenção por parte das instituições.

## CONCLUSÃO

É interessante verificar que os casos analisados nessa pesquisa atendem aos pressupostos legais determinados pela Lei de Licitações e Contratos. Ainda assim, houve intervenção judicial e as decisões são pautadas em aspectos que extrapolam a própria legislação vigente, principalmente a partir da necessidade de prioridade de investimento público em outras áreas.

A intervenção judicial nos contratos realizados pela Administração Pública para contratação de artistas é um fenômeno que apresenta sérias consequências. A legislação que permite esse estabelecimento da relação jurídica entre entes estatais e sociedades empresárias foi atualizada em 2021 e manteve os critérios para contratação de artistas que a legislação anterior. Entretanto, é importante que intervenções judiciais em contratos não sejam recorrentes, o que também exige que a legislação se adeque ao problema que é alvo de intervenção, de modo a solucionar os parâmetros que causam conflitos.

A Lei 14.133/2021 é o instituto legal que ampara as referidas contratações artísticas a partir da inexigibilidade de licitação. O seu texto é claro e prevê que esse contrato pode ser firmado desde que o profissional do setor artístico seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Não há mais detalhes expressos na legislação a respeito desses dois critérios, que carregam grande carga de subjetividade para interpretação e aplicação dos conceitos. Nesses casos, é importante que sejam instituídas na lei regras que balizem as condições de contratações de artistas, sem permitir uma discricionariedade tão ampla como ocorre atualmente.

É provável que regras mais detalhadas a respeito da possibilidade de contratação, principalmente na legislação que trata sobre o tema, diminuiriam a judicialização dos contratos firmados com profissionais do setor artísticos

a partir da inexigibilidade prevista em lei. Seria possível, por exemplo, estabelecer parâmetros importantes a serem cumpridos para que o ente da federação pudesse firmar o contrato, como um limite de gastos a partir da receita do município ou uma proibição do próprio contrato em caso de prévia decretação de estado de calamidade pública. A atual redação da legislação pertinente ao tema parece insuficiente quanto aos desafios e problemas que as contratações de artistas podem gerar, o que indica a necessidade de regras mais bem definidas.

Os tribunais estaduais, nos dez casos analisados, decidiram em maior parte pela suspensão da contratação de artistas. Entretanto, ainda não há uma uniformidade nas decisões, já que são processos que se iniciam em primeira instância e podem chegar aos tribunais superiores. Um dos maiores desafios nesse contexto parece ser encontrar argumentos e evidências que respaldem as decisões de suspensão do contrato, já que a própria legislação vigente permite que haja essa relação jurídica entre municípios e artistas.

A depender do desenvolvimento do tema, é possível que haja consolidação da jurisprudência nos próximos anos. O Superior Tribunal de Justiça foi provocado em cinco processos desta pesquisa. A Suspensão de Liminar e de Sentença foi o meio processual escolhido para rever a decisão dos tribunais estaduais. O Ministro Humberto Martins foi o relator de todas as ações, pois foi o Presidente no ano de 2022. A posição do Tribunal em todos os casos manteve a suspensão dos contratos por inexigibilidade de licitação para apresentações artísticas.

A Ação Civil Pública foi o instrumento processual utilizado para questionar os dez casos analisados pela pesquisa. Trata-se de um mecanismo legítimo com respaldo constitucional para proteger o patrimônio público e outros interesses coletivos e difusos. O Ministério Público de cada estado foi a instituição responsável pelo ajuizamento, o que demonstra que o *Parquet* é capaz e tem legitimidade processual para atuar no caso de questionamento de contratos de artistas por inexigibilidade. Há outras instituições do Estado que podem atuar nesse contexto, como os Tribunais de Contas, porém é o Ministério Público que mantém a postura questionadora dos contratos dessa natureza.

Os entes da federação responsáveis pelos contratos judicializados foram os municípios, de modo que Estados e União não estiveram representados na pesquisa e provavelmente não é comum que utilizem recursos públicos para contratar artistas. O direito à cultura e ao entretenimento tem respaldo constitucional e deve ser apoiado pelo Estado, mas é necessário que haja um estabelecimento adequado de prioridades para alocação dos recursos públicos, principalmente considerando a eficiência e o custo de oportunidade.



## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*. Ação Civil Pública. Processo nº 0601719-26.2022.8.04.3100. Juiz Otávio Augusto Ferraro. 2022. Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>. Acesso em 16 out. de 2022.

BRASIL, República Federativa do. *Decreto-lei 4.657: Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília, 2018.

BRASIL, República Federativa do. *Lei nº 14.133: Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Brasília, 2021.

BRASIL, República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 2022a. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3099 - MA (2022/0114603-0)*. Relator: Min. Humberto Martins. 2022b. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=151285302&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202201146030&data=20220426&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=151285302&tipo_documento=documento&num_registro=202201146030&data=20220426&formato=PDF). Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3131 - GO (2022/0187756-5)*. Relator: Min. Humberto Martins. 2022c. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/SLS%203131%2018062022.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3.123 - BA (2022/0172196-7)*. Relator: Min. Humberto Martins. 2022d. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202201721967&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3129 - AM (2022/0187001-4)*. Relator: Min. Humberto Martins. 2022e. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202201870014&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3146 - PI (2022/0217871-7)*. Relator: Min. Humberto Martins. 2022f. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=159105619&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202202178717&data=20220718&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=159105619&tipo_documento=documento&num_registro=202202178717&data=20220718&formato=PDF). Acesso em: 19 set. 2022.

BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, De 30 De Junho De 2016 – Lei Das Estatais*. Portugal: Grupo Almedina, 2021.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny C. L. *Análise econômica das licitações e contratos*: de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2015.

CONRADO, Márcio Macedo; MENEGUIN, Fernando Boarato. Impactos da Lei nº 13.65/2018 nos órgãos de controle e seus reflexos na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP* | Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 59-79, out./dez. 2019.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas, *Law and Economics*. 6th edition. Berkeley Law Books, 2016.

DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, p. 47-49.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2020.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões - MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In: Timm, L. B. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

GICO JR., Ivo. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 1-43, Maio-Agosto, 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Ação Civil Pública. *Processo nº 5345299-81.2022.8.09.0020*. Juiz Filipe Luis Peruca. 2022. Disponível em [https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcesso?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=192167486&hash=124844788472176265711756644152767510221&id\\_proc=undefined](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcesso?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=192167486&hash=124844788472176265711756644152767510221&id_proc=undefined). Acesso em: 05 out. 2022.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Agravo Interno. *Processo nº 0807821-03.2022.8.10.0000*. Relator: Des. Kleber Costa Carvalho. 2022a. Disponível em: <https://pje2.tjma.jus.br/pje2g/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=20ea0bd560a815f6357a6342e628ee3e1e3bc1b969f6d4a2>. Acesso em: 01 out. 2022.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Ação Civil Pública. *Processo nº 0801865-91.2022.8.10.0101*. Juiz Alexandre Antônio José de Mesquita. 2022b. Disponível em <https://pje.tjma.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7e9c763a80109d79319b48a48a0c45cd74d610a2c46a88eb>. Acesso em: 29 set. 2022.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Ação Civil Pública. Processo nº 0800370-45.2020.8.10.0048*. Juiz Antônio Queiroga Filho. 2022c. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/midia/cgj/noticia/506586>

MENEGUIN, Fernando Boarato. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. Texto para Discussão, nº 70. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas, CONLEG, Senado Federal, 2010.

MENEGUIN, Fernando Boarato; TIMM, Luciano. B. *Análise Econômica do Direito e Processo Legislativo*: levando as consequências dos direitos a sério. In: Morau, C.; Oliveira, C. E. E. *Processo Legislativo: teoria e prática*. São Paulo, Editora JusPodivm, 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação Civil Pública. Processo nº 0001417-81.2022.8.16.0135*. Juíza Ana Paula Menon Loureiro Pianaro Angelo. 2022. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/links-externos#consultas-processuais>. Acesso em: 03 out. 2022.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Ação Civil Pública. *Processo nº 0800363-85.2022.8.18.0072*. Juiz Ítalo Márcio Gurgel de Castro. 2022. Disponível

*Felipe Portela Bezerra*  
*Fernando Boarato Meneguín*

em [https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/04/Decisao\\_Proc-0800363-85.2022.0072.pdf](https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/04/Decisao_Proc-0800363-85.2022.0072.pdf). Acesso em: 20 set. 2022.

SALAMA, Bruno M. “De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?”. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 46, Jan/Jun, 2010. Disponível no site: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewArticle/1461>



RECEBIDO EM: 23.02.2023

APROVADO EM: 12.04.2023

DOSSIÊ

# O REGIME PARTICULARIZADO DE ATUAÇÃO COMO MECANISMO DE EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DOS NÚMEROS DA DÍVIDA ATIVA

*THE SPECIALIZED METHOD OF ORGANIZATION  
AS A MECHANISM OF GOVERNMENT  
EFFICIENCY IN THE TAX RECOVERY: AN  
ECONOMIC ANALYSIS OF DÍVIDA ATIVA  
NUMBERS*

*Leonardo Bezerra de Andrade<sup>1</sup>*

*André de Souza Dantas Elalí<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1. Pergunta Problema. 1.2. Discussão. Conclusão. Referências

<sup>1</sup> Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito pela UFRN. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário

<sup>2</sup> Advogado. Professor Associado da UFRN, Mestre e Doutor em Direito Público e *Visiting Scholar* do *Max-Planck-Institut für Steuerrecht* e da *Queen Mary University of London*

**RESUMO:** O tratamento constitucional dos objetivos da República à luz dos princípios da ordem econômica em vigor impõe mandamentos de otimização da gestão pública. A sobreposição do princípio da eficiência da Administração Pública reafirmou o projeto desenvolvimentista constitucional, o que deve ser perseguido em todas as projeções da política de gestão pública. A identificação de um segmento menor e mais endividado de contribuintes, quer pela contumácia, quer pelo grande volume de débitos acumulados, recomenda uma ação particularizada de atuação pelo potencial de recuperabilidade, longe do regime de sancionamento, decorrente do exercício de potestades públicas. As diretrizes e recursos prestigiados pela disciplina do Governo Digital militam a favor da escolha racional e uso inventivo de recursos humanos, materiais, tecnológicos, indutores de boas práticas próprias ao utilitarismo econômico. Fundadas em premissas objetivas de seleção, a gestão particularizada na recuperação de ativos encerra uma gestão eficiente de recursos públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento. Eficiência Administrativa. Recuperação de Tributos. Análise Econômica. Regime Particularizado.

**ABSTRACT:** The constitutional treatment of the republic's arms under the principles of the economic order demand improvements of public management. The principle of efficiency in the Federal Constitution reaffirmed the developmental project of Public Administration, which must be achieved in all projections of public management policy. The discovery of a smaller and more indebted sample of taxpayers, due to contumacy or large volume of debts, recommends a specific action in reason of the potential recoverability, far from the sanctioning regime, resulting from exercise of public powers. The guidelines created by the Digital Government law recommend the rational choice and inventive use of human, material, technological resources, inductors of good practices, typically of economic utilitarianism. Based on objective selection, the management particularized in the recovery of assets implies an efficient management of public resources.

**KEYWORDS:** Development. Government Efficiency. Tax Recover. Economic Analysis. Specialized Method.

## **INTRODUÇÃO**

As disposições constantes da Constituição Federal, seja quando se voltam para descrever os objetivos da República Federativa do Brasil, seja quando se ocupam da disciplina da ordem econômica e financeira, contêm, subjacente aos seus contextos, “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2015, p. 110), de alavancagem de valores e fins a serem perseguidos e implementados.

Significa dizer que o estado de paralisia e estagnação evolutiva de soluções administrativas, por concepção, ressoa sob a desconfiança de um estado de inconstitucionalidade posto violar mandamento básico de constante aprimoramento de institutos, gestão, políticas públicas e indução de práticas sociais.

Já era assim desde o advento da Constituição Federal de 1988 ao tempo da promulgação com redação originária fruto do progressismo, alçado à ideologia do Estado contemporâneo do século XX. A volúpia em realçar esse imperativo republicano veio com o advento da Emenda Constitucional n. 19 ao acrescentar a “eficiência” como princípio da Administração Pública, conferindo ainda mais musculatura à necessidade do estabelecimento do constante estado de aperfeiçoamento institucional.

Por evidente que resultados diversos requerem senão o rompimento com práticas anteriores já conhecidas, mas experimentação de novos usos, o que significa dizer que a observância do dever de melhoria requer constante análise, reconsiderações, pesquisa, inovação, tecnologia, revolvimento de práticas acumuladas, identificação de situações que demandam contínuo aprimoramento, enfim, estar aberto para novas possibilidades ante novos enfoques, o que modernamente vem sucedendo na seara do Direito através da assimilação de diretrizes fornecidas por sua análise econômica.

### **1. DESENVOLVIMENTO**

Vertendo nossa atenção para o sistema de arrecadação de tributos federais, os grandes números da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, publicados trimestralmente, revelam um estoque total de R\$ 2.766.235.025.746,04 [dois trilhões, setecentos e sessenta e seis bilhões, duzentos e trinta e cinco milhões, vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e seis reais e quatro centavos] em débitos inscritos em Dívida Ativa da União a serem recuperados (BRASIL, 2023).

Em que pese a dimensão dos valores alcançados, o histórico do estoque de débitos é uma linha ascendente, significando dizer que a trajetória de crescimento é uma tendência histórica e uma realidade a ser entendida e enfrentada no afã de alterar esse curso progressivo. Preocupa por tratar justamente de um tema que diz com o financiamento estatal dado que “todo o sistema de financiamento do Estado, conforme estabelecido na



Constituição, tem matriz essencialmente tributária, não havendo a previsão de fontes não fiscais relevantes para a obtenção de receitas públicas” (ROCHA, 2020, p. 14).

100% do montante dos débitos inscritos são devidos por algo em torno de 4.500.000 [quatro milhões e quinhentos mil devedores]. 62% equivalente a quase 2/3 do estoque são devidos por 28.300 [vinte e oito mil e trezentas] pessoas, ou seja, 0,062% do universo de devedores titulares de débitos inscritos em Dívida Ativa da União, conforme dados públicos fornecidos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (BRASIL, 2019).

“Não basta reconhecer o mal-estar persistente do mundo jurídico diante da evolução da sociedade moderna, e o incontestável divórcio entre o Direito e a realidade social” (COMPARATO, 2011, p. 1), o Direito deve deixar-se penetrar do conteúdo econômico subjacente aos temas legalmente disciplinados e, paralelamente, influenciar pela sua reputação motriz a realidade que se apresenta.

Cada inscrição em Dívida Ativa decorre da mesma razão: o inadimplemento. Conquanto possa se originar de fontes diversas, corresponde a um ativo estatal, um bem de interesse público indisponível com vocação legal original para sua extinção por pagamento. A realidade que se impõe, no entanto, é acumulação progressiva do estoque de débitos historicamente verificada e que não pode ser negligenciada.

De antemão surge a opção em concentrar esforço de arrecadação num universo menor, com potencial de arrecadação significativamente maior ou, reversamente, distribuir esforços num espaço extremamente pulverizado, integrado por pequenos e médios devedores, titulares da fatia monetariamente menor dos débitos em fase de cobrança.

Chama a atenção nesse contexto, conforme exposição da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a maciça concentração dos débitos nas mãos de grandes e contumazes devedores, vale dizer, um quadro em que prepondera o pertencimento do maior volume monetário de débitos sob titularidade de poucos devedores, ao lado da existência de muitos devedores titulares de uma fatia monetária significativamente menor de débitos.

Por trás desses números, além da perplexidade inerente aos valores e composição dos seus maiores responsáveis, reside um efeito pragmático pouco explorado e de aguda prejudicialidade que só a análise global do cenário pode revelar: o componente comportamental adverso ao estímulo ao pagamento espontâneo do tributo.

Ao lado da corrente lógico construtivista do Direito, reforça-se a necessidade de uma abordagem interdisciplinar aberta para o conhecimento advindo de outras áreas do conhecimento, conectadas ao contexto social e econômico que visa regulamentar pela proximidade com a realidade empírica.

A justificativa para bordagem consequencialista reside no fato de que o direito, conforme percebido pelo pós-positivismo, precisa da facticidade para se realizar. Apenas confrontando os dispositivos constitucionais/legais à realidade é que podemos discutir qual a melhor solução jurídica a ser adotada em um dado caso concreto, mesmo porque as inconstitucionalidades não aparecem nos textos, mas, sim, na vida (ABBOUD; SANTOS; KROSHINSKY, 2022).

É progressivo o número de estudos em que o caráter descritivo e deôntico do Direito passa pelo enfrentamento reflexivo dos efeitos concretos das normas jurídicas sobre a organização política, econômica, social. “O tipo de argumentação aceitável em um debate jurídico se amplia, e a fronteira entre o jurídico e o não jurídico se torna mais porosa” (PARGENDLER; SALAMA, 2013).

Não se trata apenas de uma projeção jurídica teórica fruto da observação de vantagens ou perplexidades que o divórcio entre Direito e realidade pode provocar. No caso do Brasil, por força das alterações introduzidas na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a visão consequencial da criação, extinção e aplicação das normas jurídicas é incorporada à fase deliberativa, encerrando, pois, elemento central na aplicação do Direito e na argumentação.

As assimetrias acima exploradas dos números da Dívida Ativa da União dizem diretamente com o viés comportamental da sociedade que milita em desfavor de um padrão desejável. Teleologicamente falando, o advento da análise econômica do direito encerra um propósito de melhoramento de institutos e instituições posto se alimentar de dados reais e visar objetivos concretos.

Um contribuinte atencioso ao exercício de sua cidadania fiscal, conhecendo as particularidades da Dívida Ativa da União, especialmente no tocante aos fatores fundamentais responsáveis pelo acúmulo trilionário de débitos inscritos em Dívida Ativa da União nas mãos de grandes ou contumazes devedores, culmina por se desestimular na permanência do seu dever de regularidade fiscal.

Sabendo não se responsabilizar pela porção de débitos que povoa preponderantemente o estoque total de débitos na Dívida Ativa, é factível que qualquer do povo alimente a ideia de que não representando fator significativo na saúde orçamentária estatal, adira ao modelo de maior impacto no estoque do endividamento, posto não enxergar severas adversidades nessa forma de interrelacionamento estatal. Pior ainda é passar a imaginar que, sendo os grandes e contumazes devedores os responsáveis pela insuficiência da receita estatal, quem se mantém pagando regularmente seus tributos necessitarão sempre pagar ainda mais para compensar a significativa e progressiva parcela da receita orçamentária não paga pelos grandes e acostumados devedores em estado de inadimplência.

A necessidade da reversão da lógica de crescimento do estoque da Dívida Ativa justifica por si só o rearranjo administrativo, consistindo no que Vladimir da Rocha França reputa ser o motivo material ou o pressuposto de fato que “representa o evento demarcado – no fato jurídico administrativo [antecedente da regra administrativa constante do ato] – pela autoridade administrativa como relevante para o interesse público” (2007, p. 79). Concretamente, pode ser operacionalizado através de portarias organizacionais internas ou demais atos voltados para o disciplinamento do enfoque e do fluxo dos processos de trabalho.

Evidentemente que para a ruptura com a lógica de endividamento estatal, demais recursos hão de caminhar na mesma direção, mormente no que concerne ao entendimento dos grandes números, compreendendo os titulares dos débitos no tocante à configuração jurídica (pessoas físicas, jurídicas, cooperativas, estatais etc.), à capacidade de pagamento, ramo da atividade econômica, localização geográfica, circunstancialidade da condição de devedor além de outros aspectos a serem perscrutados.

Se a necessidade de alteração de rota crescimento do endividamento é evidente por caracterizar um estado de violação de direito estatal em caráter continuado, de outro lado a caixa de ferramenta à disposição da Administração Pública é limitada, assim como é todo “bem econômico” (NUSDEO, 2008, p. 31) uma vez dotado utilidade e também de escassez. É nesse sentido que as soluções hão de emergir da capacidade de inovação dos processos de trabalho, de escolhas de prioridades e da distribuição estratégica de recursos disponíveis.

Nada há de novo na lógica da alocação eficiente de recursos limitados em prol da maximização de resultados. Subjacente à lógica utilitarista da “maximização da utilidade” (POSNER, 2011, p. 98), parece não haver dúvidas acerca do foco de atuação a ser privilegiado, ainda que se considere o grau de dificuldade de enfrentar grandes grupos e empresas de maior porte, o que sugere um maior nível de complexidade no tocante à administração de ativos, dos processos de trabalho, dos efeitos corporativos envolvidos, enfim, do rearranjo institucional para dar suporte a escolha da prioridade selecionada e de interesse público em análise.

A opção por um critério de lógica racional pela concentração de esforços em face de um nicho de devedores potencialmente mais rentáveis, nesse caso, mantém conexão ainda com imperativos de economia comportamental, segmento da análise econômica do direito, voltada para a estimulação de condutas de interesse social, afinal (NADAL; PRAZAK, 2021, p. 5):

Um contribuinte pequeno sentir-se-á injustiçado ao saber que contribuintes grandes contam com assessorias extremamente qualificadas para pagamento de tributos, conseguindo diminuir a carga final tributária

ou até mesmo esquivar-se da necessidade de pagamento, ou, ainda, que um contribuinte do seu porte é um devedor tributário contumaz, o que aumenta os seus estímulos à desconformidade tributária, ainda mais em um contexto no qual a fiscalização seja ineficiente.

O trato ofertado aos maiores devedores ou aos que fazem do não cumprimento de suas obrigações tributárias insumo da sua atividade econômica [caso dos devedores contumazes] é capital ao endereçamento do comportamento dos demais tipos de contribuintes. Qualificando-se as disposições tributárias como “normas de rejeição social” (MARTINS, 1998, p. 126), diferentemente das normas de “aceitação social”, a observância espontânea pelo conjunto da sociedade demanda a presença de estímulos pela via da vantajosidade ou pelos perigos que podem advir em razão da inobservância incorrida.

Difícil imaginar que padrões normativos que predominantemente impõe pagamento, desembolso pecuniário, sejam espontaneamente observados no vazio de uma cultura enraizada de educação fiscal, de políticas premiais [descontos, scores de pontuação etc.] ou de uma temerosidade real dos efeitos legais de um estado de inadimplência fiscal.

A predominância de observância voluntária de obrigações legais, aliás, é representativa do estágio de desenvolvimento social, cultural e civilizatório de qualquer país. Revela seriedade que a sociedade mantém com relação à gestão pública, seja pela compreensão do significado do exercício da cidadania fiscal, seja pela política de desestímulo estabelecida que desaconselhe o estado de inadimplência fiscal.

Por isso a importância do dever de transparência em todas as áreas governamentais por envolver o interesse de toda a coletividade. Os grandes números da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, objetivamente, recomendam linhas de atuação concentradas, edição de instrumentos normativos legais e infralegais voltados para o revolvimento dos processos de trabalho que privilegiem comportamentos desejáveis e desestimulem desconformidades no trato para com a Administração Tributária, afinal, quanto maior seja o nível de conformidade fiscal, maior a receita pública, menor a carga tributária necessária inerente a qualquer Estado Fiscal e, finalmente, maior aproximação com o ideal de justiça fiscal.

### **1.1. Pergunta Problema**

Bem compreendidas essas premissas e a lógica da opção por uma alteração no modelo de cobrança que promete render frutos e romper com a tendência histórica de progressivo endividamento, impõe enfrentar uma pergunta problema oriunda da sua adoção: o Estado, selecionando

administrativamente um grupo de devedores a merecer atenção e acompanhamento especial no tocante à fiscalização e cobrança fiscal, incorreria em estado de violação jurídica da legalidade, do dever de isonomia de tratamento e de preservação do livre exercício da atividade econômica de agentes econômicos?

## 1.2. Discussão

Uma apressada abordagem poderia conduzir o intérprete a enxergar um regime particularizado de sancionamento, decorrente exclusivamente do volume dos débitos acumulados em desconexão com um regime de tipicidade de ilícitos inerente ao princípio da legalidade em matéria de sanção; a uma ofensa ao princípio da isonomia decorrente do dever de uniformidade de tratamento por encerrar um regime de perseguição em face de alguns poucos selecionados; ao embaraço diferenciado ao exercício da atividade econômica por aqueles incluídos no radar de prioridade da atividade administrativa.

Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, por exemplo, sustentam que o tratamento fiscal diferenciado provocado pelo regime especial de fiscalização importa em “imposição de restrições à liberdade de iniciativa, ao princípio da não-cumulatividade e ao devido processo legal, como forma de realizar cobrança mais eficaz e enérgica de contribuintes considerados inadimplentes” (2018, p. 91-92).

Acredito que uma percepção do todo e não apenas da representação casuística isoladamente considerada pode ajudar no afastamento de equivocadas impressões *prima facie*. Thomas Sowell previu essa primeira dificuldade quando tratou da “visão irrestrita” da análise dizendo que “o objetivo de chegar a uma solução é de fato o que justifica os sacrifícios ou as condições transitórias que, de outra forma, seriam consideradas inaceitáveis” (2011, p. 33). Estou querendo dizer que embora pareça juridicamente heterodoxa a outorga de maior atenção a uns devedores que a outros pela Administração Tributária, o interesse público subjacente ao sistema de seleção de prioridades fundado em critério objetivo [potencial de maior recuperabilidade] dissipa a resistência a esse modelo proposto.

Bem pensadas as coisas, o que se está propondo aqui é consequência da aplicação da teoria da “Escolha Racional” que graça os mais modernos modelos de gestão econômica de recursos escassos e que aconselha adoção em razão dos resultados que se propõe entregar. Fux e Bodart (2021, p. 36) pontua que a teoria da “Escolha Racional” abrange algumas premissas, sendo a primeira delas a que assegura a todo agente possuir preferências porque “prefere certas coisas mais que outras”.

A segunda premissa da “Escolha Racional” seria a “completude”, no sentido de que todo agente é capaz de ordenar as suas preferências

estabelecendo entre elas prioridades. Por sua vez a “transitividade” diz respeito à compatibilidade lógica entre as ordens eleitas para as diversas preferências individuais. Sabendo-se não ser possível outorgar o mesmo nível de atenção em razão da escassez mesmo dos recursos disponíveis, o estabelecimento criterioso e objetivamente aferível de segmentos de contribuintes a serem priorizados, na medida da potencialidade de retorno dos interesses públicos subjacentes, satisfaz os elementos utilitarista de escolha racional.

O Estado brasileiro, sob os pressupostos da “livre iniciativa” e na valorização do trabalho humano” compromete-se com “objetivos fundamentais” [art. 3º] e com assecuração a todos de “existência digna” [art. 170] à luz dos princípios da ordem econômica em vigor. O projeto desenvolvimentista constitucional daí decorrente, sob pena de contradição em termos, impõe constante revisão sobre os componentes econômicos para deles resultar avanços, aprimoramentos, melhores resultados, afinal “não há textos inocentes numa Constituição” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 65). Luís Edutardo Schoueri (2005, p. 92) anota que:

A par de tal preocupação, que se concentra na possibilidade de se usar do tributo como meio de intervenção no Domínio Econômico, ou seja, com o efeito ‘alavanca’ (o tributo é a ‘alavanca’ que move a vontade do contribuinte para usar sua liberdade constitucional num determinado sentido, considerado desejável pelo legislador), deve-se considerar que a propriedade também pode ser afetada por meio do ‘efeito’ da norma indutora.

A Administração Pública, lidando naturalmente com a escassez econômica do instrumental disponível para gerir a recuperação dos ativos inclusos na Dívida Ativa estatal, há de ter preferências, de ordená-las e de mantê-las logicamente compatíveis com vistas no escopo fundamental de alteração da ordem crescente do volume do estoque de dívidas.

É nesse sentido que a adoção de modelos diferenciados de fiscalização, cobrança e acompanhamento judicial se insere no contexto maior de aperfeiçoar o sistema de financiamento estatal típico de um “Estado Fiscal” (ABRAHAM, 2015, p. 19) que historicamente vem relevando necessidade de alteração de rumo pela ascendência da linha de endividamento. Havendo a incumbência legal de manutenção de fonte de custeio estatal, o exercício dessa prerrogativa e o modelo da sua configuração encerra uma potestade organizacional voltada para a estruturação interna de fluxo de trabalho, mas também, pode-se dizer, uma “potestade-função” cuja “incidência poderá, ao mesmo tempo, ser desvantajoso, caso dela decorram encargos ou ônus para algum

dos sujeitos submetidos a tais potestades, mas também vantajosa, já que o Regulamento pode ampliar ou melhorar sua esfera de direitos” (ENTERRIA, 2014, p. 452-453).

O estado de sujeição menos desvantajoso para a maioria que fica de fora de um regime especial de acompanhamento fiscal ou, reversamente, mais desvantajoso para aqueles em menor número que se inserem nesse critério de seleção, decorre, pois, dos efeitos do exercício de uma potestade-função estatal de gerir o sistema de arrecadação estatal. Nada há de diverso nesse quesito se pensarmos que em demais projeções estatais isso pode suceder como, por exemplo, no bairro que é beneficiado com um sistema de tratamento de esgoto ou de transportes público [vantajosidade] e no que recebe a instalação de um estabelecimento carcerário [desvantajosidade].

Aliás, sob o aspecto da [des]vantajosidade em função do critério de *discrímén* proposto e que também diz com o sistema de arrecadação tributária, poder-se-ia ventilar situações que também são desdobramentos da prerrogativa estatal de manejar seus recursos humanos, materiais e tecnológicos, porém imunes à críticas mais fervorosas. Exemplificativamente, refiro-me ao estabelecimento de divisões especiais de acompanhamento particularizado de processos judiciais que possam causar graves danos ao erário pelo volume do impacto financeiro debatido ou em razão do potencial multiplicativo de demandas judiciais; dispensa do ajuizamento de créditos de reduzido valor, hipótese em que o custo de um processo judicial supera o valor do benefício econômico fazendário envolvido.

A escala de maior ou menor onerosidade e vantajosidade a ser suportada em face de quem se insere ou não num regime de cobrança e tratamento diferenciado decorre, portanto, de uma opção administrativa de gerir a competência legal para qual foi investida, fruto do exercício de uma potestade-função com escopo no atendimento do interesse público.

Para o fim aqui propugnado de sustentar a legitimidade de regimes especiais de tratamento fiscal, o que envolve a fiscalização, acompanhamento e cobrança, o critério de seleção não perpassa por um juízo crítico sancionador, independentemente de haver ou não violação jurídica caracterizada. Não é disso que se trata. Tem-se em mente aqui a exploração de um campo fértil pelo critério objetivo da “recuperabilidade” de ativos, concentrado nas mãos de uma minoria, mas que respondem pela maior parte do estoque de débitos presentes nos registros da Dívida Ativa estatal.

A escolha “racional” de um segmento de contribuintes levada a efeito por critérios objetivos de seleção carrega consigo o traço da eficiência como imperativo constitucional que “tem a função normativo-jurídica de, ao lado de sua função político-simbólica, servir de padrão axiológico para operador

jurídico, na construção e concretização do ordenamento jurídico” (FRANÇA, 2000, p. 167)

Sob a perspectiva econômica propriamente dita, centrada na verificação dos resultados a serem produzidos, isto é, no incremento da recuperação, a existência de um modelo diferenciado de fiscalização e acompanhamento já justificaria sua adoção. Ampliando a perspectiva do modelo, no entanto, é possível projetar como externalidade positiva na sua implementação, proveitos outros que a ordem jurídica prestigia além dos estritamente econômicos.

É o que sucede com o viés comportamental decorrente. O prestígio do valor “transparência” disseminado como princípio estruturante e também como manifestação de confiabilidade, por imperativo da legislação e sobretudo da necessidade de interrelacionamento com o público, via canal aberto pela internet e seus dispositivos móveis, implica em um estado de controle social espontâneo voltado para o dever de conformidade. O princípio da transparência, por pressupor a amplificação das informações públicas, simplifica os mecanismos de prestação de contas e de interação entre a administração pública e a sociedade, assegurando o manejo responsável de assuntos públicos (CARVALHO, 2020, p. 126).

Impõe-se, portanto, a incorporação da visão “funcionalista” do Direito, no sentido de indagar como alcançar finalidades a partir do Direito posto. Explorando esse enfoque funcional “uma alternativa mais viável é a instituição de sanções premiais que estimulem o surgimento de normas sociais de cooperação e, mais importante, de reprovação àqueles que não cumprem com suas obrigações tributárias” (CARVALHO, 2018).

Para quem prestigia manter-se distantes de condições embaraçosas, a envolver órgãos de fiscalização e persecução fiscal [que pode se desdobrar em penal] por enxergar na sua imagem reputacional um eixo representativo de valor na sua atividade econômica, a não inclusão em regimes diferenciados de fiscalização e acompanhamento passa a funcionar como elemento de indução para práticas socialmente desejáveis que coletivamente consideradas refletem nos índices avaliadores de risco, confiabilidade e sustentabilidade.

A influência comportamental no processo de assimilação de deveres é fundamental. Convivendo em sociedade, a população tende naturalmente a observar padrões. Prova disso são os bordões temporários, as “modas” dos cortes de cabelo, do estilo da vestimenta, do estilo musical, dos meios e locais de entretenimento etc. Assim também funciona com relação ao pagamento de tributos, dado haver uma inclinação natural entre contribuintes em saber como, de maneira geral, no contexto societário em que se encontra inserido, comportam-se os demais agentes no trato com relação à Administração Tributária.



Paul Collier aponta que “em todas as sociedades modernas, o poder político depende de um grau muito modesto de coerção e de um grau elevado de aceitação voluntária. A aceitação voluntária nos reconduz ao senso de obrigação que converte o poder em autoridade” (2019, p. 69). A assimilação comunitária de boas práticas é elemento chave na governança pública e fator facilitador essencial no processo de manejo de políticas públicas.

A análise econômica do Direito, especificamente na sua projeção da economia comportamental, por não prescindir desse componente real que vem da realidade é fator chave nesse processo de convencimento coletivo.

O advento da literatura neural voltada para o Direito aponta a emotividade como importante componente para a ciência jurídica na medida em que influencia decisivamente o comportamento humano. O valor transparência que carrega consigo potencial de alavancagem reputacional ou “envergonhamento” deve ser utilizado em favor do interesse público posto implicar num relativo baixo custo em um curso de ação gerencial proposto dado se valer de um controle social espontâneo, gratuito, indutor de práticas educacionais desenvolvimentistas. Bem mais do que se valer do componente convencimento, é contar com a dissuasão como elemento de “criação de incentivos à conduta eficiente” (POSNER, 2011, p. 446).

Em plena autora da era do “Governo Digital”, mormente após o advento da Lei nº 14.129/21, que impõe um inequívoco manejo inovativo e inteligente de recursos estatais sob a luz do conhecimento e dos instrumentos de tecnologia disponibilizados, redimensionando o cidadão não apenas como destinatário mas como artífice de políticas públicas, importante se faz que o Direito ampare iniciativas estratégicas que ressoem efeitos propriamente econômicos ao lado de efeitos comportamentais socialmente em linha com as diretrizes constitucionais.

Iniciativas que envolvem aspectos fiscais sobre tributação, cobrança, aumento de arrecadação instantaneamente são [e recomendável que seja] estudadas sob o prisma da esfera da atuação do Estado em face do contribuinte, mormente no tocante à proteção dos direitos fundamentais e dos limites do poder de tributar.

A reticência que apontamos diz que uma análise tradicionalmente concentrada apenas nesses dois enfoques que via de regra deixa de lado uma outra vertente de aproximação com a questão, também amparada na disciplina constitucional que igualmente merece atenção e reflexão, a saber, a gestão eficiente de recursos públicos.

Daniel Sarmiento lembra que “a garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos” (2016, p. 228). Demandando a proteção e garantia dos direitos fundamentais uma fonte de financiamento para fins de saúde, segurança, educação, sistema de justiça, trabalho, seguridade social,

cultura etc., imprescindível que o Estado se apresente em condições de arcar com despesas inerentes a cada segmento representativo dos direitos e garantias fundamentais sob pena de tornar promessas vãs o texto constitucional.

A eficiência, com a advento da Emenda Constitucional n. 19, passou a constar textualmente como princípio estruturante da Administração Pública. A Lei de Improbidade Administrativa [Lei nº 8.429/1992] reprime situações que importe em perda patrimonial, malbaratamento ou dilapidação de bens ou interesses públicos, realização de despesas não autorizadas, entre outras representações de má gestão de recursos estatais.

A indiferença ou mesmo a mera permissibilidade do acúmulo progressivo do estoque da dívida, divorciada de uma política institucional voltado para o aproveitamento de toda sua potencialidade, mormente quando identificadas situações que demandam reprimenda imediata [caso de devedores contumazes ou de fraude fiscal estruturada] ou que seja possível identificar manifestações patrimoniais passíveis de conversão em renda em contrapartida à satisfação de créditos fazendários, encerra uma falta de compromisso com o interesse público, podendo representar uma manifestação de má gestão desse ativo estatal.

Tendo em mente que a maior potencialidade de retorno na atividade de recuperação de ativos concentra-se justamente numa menor fatia quantitativa de devedores que ostenta justamente a maior parcela dos débitos acumulados, tal como antes monetariamente dimensionado, com mais força de razão se apresenta a percepção de desperdício de interesse público acaso não lançado mão de estratégias inteligentes, ao alcance da gestão pública, voltadas para o exaurimento das possibilidades de incremento de arrecadação do estoque da Dívida Ativa.

Significa dizer que a alocação deficiente de recursos administrativos escassos, mormente quando tangencia com uma fonte importante de financiamento estatal, encerra um problema administrativo representativo de violação jurídica, qual seja, o dano decorrente do não aproveitamento eficiente de recursos materiais, humanos e tecnológicos voltados para a recuperação da porção máxima possível de um estoque de créditos a receber que ultrapassa a quantia de 2 [dois] trilhões de reais presentes nos registros da Dívida Ativa da União.

As considerações em torno do estabelecimento de um regime particularizado de acompanhamento e cobrança que, a bem da verdade, representa tão somente uma maior aproximação pela alocação de recursos entre a estrutura administrativa fiscal e o espectro de contribuintes que revelem objetivamente potencial de recuperabilidade adicional, quer pela manifestação de riqueza revelada, quer pela necessidade de pronta repressão à práticas ofensivas ao erário, desqualificam resistências ao modelo proposto.

Essa lógica nada tem de ofensiva ao princípio da igualdade. “O texto constitucional não impõe o tratamento igual a pessoas que se encontrem em situação idêntica, mas àqueles contribuintes que se encontrem em situação equivalente [art. 150, II]. Extrai-se, daí, que o constituinte reconheceu que a igualdade é sempre relativa” (SCHOUERI, 2005, p. 6). O impacto da violação da ordem jurídica dos grandes ou contumazes devedores nas finanças públicas encerra uma nota distintiva em relação aos demais contribuintes assim não qualificados a merecer uma maior aproximação das estruturas estatais.

Difícil correlacionar um mandado de otimização administrativo, nitidamente divorciado do regime de sancionamento público que demanda disciplinamento legal *stricto sensu*, com defeituosidade “quando as regras constantes no ato são incompatíveis com os preceitos constitucionais e legais pertinentes ao caso concreto” (FRANÇA, 2007, p. 155). O enquadramento proposto situa-se em categoria jurídica diversa, sujeitando-se a disciplinamento jurídico-normativo um tanto quanto divergente, equidistante o suficiente de qualquer defeituosidade normativa indutora de invalidação.

## CONCLUSÃO

O modelo de financiamento estatal fundado preponderantemente na arrecadação de receitas públicas de natureza tributária, caracterizador do “Estado Fiscal”, demanda uma organização transversal à disciplina legal da imposição tributária, da fiscalização, da configuração dos créditos e da arrecadação tributária.

Valendo-se de recursos econômicos, escassos por natureza, impõe-se o estabelecimento de disciplina organizacional que, visando a consecução da política institucional selecionada de maior proveito ao interesse público, permita a formação de um arranjo institucional dotado de estrutura inteligente o suficiente na direção da atividade fim a que se propõe.

A conversão do histórico da linha de crescimento da Dívida Ativa, posto representar faceta importante do sistema de financiamento estatal por estar avaliado em quantia superior a 2 [dois] trilhões de reais, demanda ainda mais criatividade e otimização dos recursos à disposição, posto representar o rompimento com uma cultura da linha de crescimento de há muito estabelecida.

A adoção de regimes especiais de atribuições, mormente quando representativas de otimização do serviço público, ainda que implique na seleção de um universo delimitado de contribuintes a esse regime de sujeição, não induz caráter sancionador mas exercício legítimo de potestade organizacional e potestade função no sentido de dotar as estruturas administrativas institucionais de arranjos operacionais à altura do fim proposto.

Podendo-se assegurar haver motivos objetivamente identificados, de interesse público, aptos a justificar um estado de sujeição particularizado de cobrança e acompanhamento diferenciado, distante do regime sancionador, não há que se falar em invalidação da disciplina organizacional assim concebida.

Com ainda mais razão se apresenta esse tipo de solução administrativa tendo em mente que a manutenção desse estado de coisas pode induzir estado de violação jurídica por má gestão de ativos públicos, por representar desperdício de oportunidade e de exaurimento de potencialidades de arrecadação em face de quem faz da inadimplência insumo de sua atividade econômica [caso de devedores contumazes], ou de quem ostente manifestação patrimonial substancial apta a ser utilizada na satisfação de créditos públicos.

Sabendo que esse universo de devedores titulariza majoritariamente o percentual do estoque de débitos presentes na Dívida Ativa da União, a concentração de esforços nesse segmento de devedores assim objetivamente qualificados, revela-se premente e condizente com os atuais vetores advindos da disciplina principiológica da eficiência e da era do Governo Digital a todos submetidas pela ordem econômica constitucional em vigor.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; KROSHINSKY, Mattheus. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. *Revista dos Tribunais*, [s. l], v. 1038, p. 249-279, abr. 2022. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018612354618bbc1f517&docguid=Ia988cfc0b62a11ec9c2abe4b74fa6f44&hitguid=Ia988cfc0b62a11ec9c2abe4b74fa6f44&spos=1&epos=1&td=1&context=19&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 fev. 2023.
- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Apresentação do projeto (PL 1646)*. [Brasília]: Câmara dos Deputados. 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WlJob0tQPwY&t=2619s>. Acesso em 14 nov. 2022.

BRASIL. *Procuradoria geral da Fazenda Nacional*. [Brasília]: PGFN, 09 jan. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/transparencia-fiscal-1/painel-dados-divida-ativa>. Acesso em 09 jan. 2023.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018. E-book Kindle.

CARVALHO, Lucas Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 279, n. 3, p. 115-148, 29 dez. 2020. Fundacao Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82959>.

COLLIER, Paul. *O futuro do capitalismo: enfrentando as novas inquietações*. Porto Alegre: L&Pm, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico: doutrinas essenciais obrigações e contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, n. 353, p. 73-88, jun. 2011.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANÇA. V. da R. (2000). Eficiência administrativa na constituição federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 165-177. <https://doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47532>

FRANÇA. Vladimir da Rocha. *Temas de Direito Administrativo: estrutura e motivação do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Regimes especiais de fiscalização e devedores contumazes: revisando o tema das sanções políticas em matéria tributária. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 86, 14 dez. 2018. Pontificia Universidade Catolica do Parana - PUCPR. <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i2.21608>.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

NADAL, Victoria Werner de; PRAZAK, Maurício Avila. A ascensão da Análise Econômica comportamental do Direito e sua importância para a conformidade tributária. *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 1-13, jul. 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018607cd58426780e48d&docguid=I1492a450387011ec8ce9ea74978029d9&hitguid=I1492a450387011ec8ce9ea74978029d9&spos=1&epos=1&td=1&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 31 jan. 2023.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, [S.L.], v. 262, p. 95, 28 maio 2013. Fundacao Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8901>.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

ROCHA, Sergio André. *Fundamentos do direito tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOWELL, Thomas. *Conflito de visões: origens ideológicas de lutas políticas*. São Paulo: É Realizações, 2011.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. *O cérebro que julga: neurociência para juristas*. Florianópolis: Emais, 2023.



RECEBIDO EM: 27.03.2023  
APROVADO EM: 09.06.2023

DOSSIÊ

# UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA REGULAMENTAÇÃO DOS *SECURITY* *TOKENS* NO BRASIL

## *AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE REGULATION OF SECURITY TOKENS IN BRAZIL*

*Luciana Yeung (Luk Tai Yeung)<sup>1</sup>*

*Bruno Barreto Mesiano Savastano<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Análise Da Literatura. 2. Definição de Ativos Digitais e Termos Relacionados. 3. Tokenização e Ativos. 4. Marco Regulatório Brasileiro. 5. Exercício de Teoria dos Jogos. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Professora Associada I do Insper. Doutora em Economia pela Escola de Economia de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (EESP-FGV). Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo, mestrado em Economia Aplicada - University of Wisconsin - Madison e em Relações Trabalhistas pela mesma universidade. Membro-fundadora e ex-Presidente (2016) da ABDE, Associação Brasileira de Direito e Economia. Indicada pelo Supremo Tribunal Federal como uma das 100 mulheres mais influentes do Direito Constitucional brasileiro

<sup>2</sup> Mestre em Economia pelo Insper e advogado da Machado Mayer Advogados.



**RESUMO:** Todos os dias são criados em todo o mundo novos tipos de ativos digitais. Um desses tipos de ativos é o *security token*, cuja regulamentação no Brasil sob a jurisdição da CVM é o objeto deste estudo. Os propósitos deste artigo foram (i) compilar uma revisão crítica de obras que abordam a regulamentação de ativos digitais no âmbito da análise econômica do direito; (ii) discutir a definição de alguns dos termos utilizados na regulação recente; (iii) fornecer um esboço atualizado de como é o quadro regulamentar dos ativos digitais; e (iv) fazer um exercício de teoria dos jogos para compreender como os *security tokens* deveriam ser regulamentados pela CVM. Os resultados sugerem que (1) os preços dos ativos digitais, o volume de transações e a dimensão do mercado são negativamente afetados por notícias de regulamentação em diferentes jurisdições, especialmente no que diz respeito aos *security tokens*; (2) os reguladores brasileiros começaram a regular a questão dos prestadores de serviços de ativos digitais, embora ainda possam aprofundar bastante o tema; (3) existe uma falta de unidade sobre a forma como o mundo define os ativos digitais e termos relacionados, bem como sobre a forma como diferentes jurisdições regulam a matéria; (4) a CVM deveria considerar a possibilidade de dar incentivos econômicos aos investidores privados para elevarem o cumprimento, e também aprovar uma regulação branda sobre a matéria, o que se faz atualmente com o *Regulatory Sandbox*.

**ABSTRACT:** New types of digital assets are created around the world every day. One such asset type is the security token, the regulation of which, in Brazil and under the jurisdiction of the CVM is the object of this study. The purposes of this paper are to (i) compile a critical review of works that address the regulation of digital assets within the scope of the economic analysis of law; (ii) discuss the definition of some of the terms used in recent regulation; (iii) provide an up-to-date outline of what the regulatory framework for digital assets looks like; and (iv) do a game theory exercise to understand how security tokens should be regulated by the CVM. The results suggest that (1) digital asset prices, transaction volume and market size are negatively affected by regulatory news in different jurisdictions, especially with regard to security tokens; (2) Brazilian regulators have started to regulate the issue of digital asset service providers, although they could deepen the approach on the subject; (3) there is a lack of unity in how the world defines digital assets and related terms, as well as in how different jurisdictions regulate the matter; (4) the CVM should consider the possibility of giving economic incentives to Private Investors to increase compliance, and also approve a Soft Regulation on the matter, which is currently done with the *Regulatory Sandbox*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativos Digitais. Análise Econômica do Direito. Regulação Bancária. Teoria dos Jogos. CVM.

**KEYWORDS:** Digital Assets. Economic Analysis of Law. Banking Regulation. Game Theory. CVM.

## INTRODUÇÃO

Termos como “Ativos Digitais”, “Ativos Virtuais” e “Criptoativos” são extremamente recentes, mesmo quando comparados a outros como «Bitcoin» ou «criptomoeda». Eles surgiram da necessidade de entender e classificar novos tipos de ativos na tentativa de regulamentar a atividade financeira relacionada ao seu uso, uma vez que nem todos os ativos digitais são iguais, e é necessária uma regulamentação diferente para cada conjunto de ativos de acordo com seus recursos, propósitos e peculiaridades (Trindade e Vieira, 2020). Esse é o entendimento na maioria das jurisdições do mundo, o que também se aplica ao Brasil.

A regulamentação dos ativos digitais é um assunto delicado em todas as jurisdições, principalmente devido ao que parece ser uma impressão geral, como percebido por Chokor e Alfieri (2021), de que a regulamentação e os ativos digitais são temas contraditórios e que, como tais, devem permanecer segregados. Contudo, é importante reconhecer que a caracterização de ativos digitais como inerentemente descentralizados e potencialmente anárquicos pode não ser universalmente aplicável, uma vez que nem todos os criptoativos se enquadram nessas descrições. Neste sentido, a noção de que a regulamentação do mercado cripto resultaria em seu inevitável desaparecimento pode ser equívoca, especialmente sob a lupa daqueles que consideram a priorização da proteção dos investidores como elemento essencial, considerando os desafios que enfrentam, por exemplo, ao buscarem afirmar seus direitos perante prestadores de serviços cujas operações estão ligadas aos ativos digitais. Como se vê, esses assim chamados “direitos” simplesmente podem não existir em todas as jurisdições. O resultado é que as respostas regulatórias aos ativos digitais assumiram diversas formas, desde (i) altamente restritivas (por exemplo, China), a (ii) experimentais (por exemplo, Reino Unido), (iii) possibilitadoras (por exemplo, Malta) e (iv) uma abordagem quase *laissez-faire*, com regulamentações brandas (por exemplo, Cingapura) (GUSEVA, 2020).

O mundo inteiro está ciente dessa questão há algum tempo e, como resultado, a regulamentação vem se acumulando. Forças-tarefa internacionais foram dedicadas à questão, assim como instituições nacionais, principalmente por se preocuparem, de acordo com Pravdiuk (2021), com

o uso de ativos digitais na lavagem de dinheiro e no financiamento do terrorismo. Com o tempo, outras questões, como a regulamentação de emissão também se tornaram uma preocupação. Os EUA e a Europa são algumas das jurisdições que estão liderando o caminho nesse assunto, dedicando muita atenção à regulamentação, enquanto outros países acompanham seu desenvolvimento muito de perto. Por outro lado, a China, por exemplo, decidiu proibir os ativos digitais em suas jurisdições. Recentemente, o Brasil se interessou em regulamentar a atividade mais profundamente, tanto para proteger os investidores como para resolver a ineficiência do mercado. Esse novo interesse brasileiro será o foco deste artigo.

Este artigo apresenta três objetivos interligados. O primeiro envolve a exploração de literatura recente sobre a regulamentação de ativos digitais. Esta seção começa com um olhar sobre a experiência internacional no tratamento desse tema, segue com reflexões sobre o conceito de ativos digitais e culmina com uma análise empírica do impacto da regulamentação nos mercados de ativos digitais. Pretende-se, com isso, fornecer uma avaliação crítica desses estudos, enriquecendo assim a compreensão sobre as razões e repercussões da regulamentação desses ativos, tanto do ponto de vista conceitual quanto empírico.

O segundo objetivo é compreender melhor a natureza e a definição de ativos digitais em âmbito internacional e local. Esta análise visa identificar semelhanças e diferenças na abordagem de diferentes jurisdições sobre o tema, reforçando que uma definição clara dos termos utilizados na regulação é fundamental para propiciar sua eficácia.

Por fim, o terceiro objetivo é propor uma teoria sobre como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) - uma instituição brasileira de caráter similar à *Securities and Exchange Commission* (SEC) nos Estados Unidos - poderia estabelecer uma estratégia ótima para a regulamentação desses ativos. Essa proposta se baseará no framework de Law & Economics (Análise Econômica do Direito), mais especificamente a Teoria da Eficiência, Economia da Regulação e das Políticas Públicas, e a Teoria dos Jogos. A formulação da estratégia considerará a análise de estudos anteriores que utilizaram essas abordagens teóricas, buscando uma compreensão aprofundada de como a eficiência econômica, a regulamentação e as políticas públicas podem interagir no contexto do mercado. Essa abordagem multidisciplinar permitirá uma análise robusta e abrangente das estratégias regulatórias ótimas.

A importância de tal estudo reside (i) no tamanho do mercado de ativos digitais, com o Bitcoin, por exemplo, sendo avaliado individualmente, em 22 de janeiro de 2023, em mais de quatrocentos e quarenta bilhões de dólares (COINMARKETCAP, 2023); (ii) em desafios recentes encontrados por jurisdições ao redor do mundo na regulamentação de ativos digitais,

como a regulamentação de *security tokens* e moeda digital do banco central, e na responsabilidade pelos riscos das criptomoedas, como mostrado por Silva e da Silva (2022), uma vez que a regulamentação desse mercado ainda está em seus estágios iniciais; (iii) no fato de que muitos eventos bastante recentes afetaram profundamente tanto o mercado quanto os investidores, como a falência da FTX Trading Ltd., uma bolsa gigante de criptomoedas, que resultou no desaparecimento de valores de ativos, seguido de ações coletivas (REUTERS, 2022), e (iv) no recente interesse demonstrado pelo governo brasileiro (BRASIL, 2022a) e pela CVM (BRASIL, 2022b), em regulamentar os prestadores de serviços de ativos digitais e ativos digitais em si, respectivamente. Estudos dedicados à regulamentação de ativos digitais como este são, portanto, não apenas relevantes, mas fundamentais para entender esse novo mercado. Espero que essa contribuição para a discussão possa inspirar outras pessoas a se aprofundarem cada vez mais no assunto, trazendo soluções para os desafios enumerados acima.

## 1. ANÁLISE DA LITERATURA

Guseva (2020) servirá de base principal para o desenvolvimento do arcabouço teórico dos jogos desenvolvido no trabalho, demonstrando como a SEC tem procurado mitigar a falta de clareza nos ativos digitais, ao mesmo tempo em que busca seus objetivos regulatórios de garantir a proteção do investidor e a integridade do mercado sem inibir a inovação. Para tanto, o autor descreve um equilíbrio usando uma estrutura da teoria dos jogos, introduzindo um jogo entre as “cripto-empresas” e o regulador. Além disso, revela inconsistências táticas em ações recentes tomadas pela SEC em algumas disputas judiciais, que reacendem um trilema delineado por Brummer e Yadav (2018) e minam a eficácia das técnicas que a SEC utilizou para minimizar as desvantagens de definições funcionais pouco claras (cujas principais desvantagens, quando comparadas às definições formais, são exemplificadas por Guseva como ambiguidade nos requisitos regulatórios, falha em garantir a clareza das regras e sua natureza inclusiva e indeterminada) e a regulamentação por táticas de execução.

Com relação à estrutura da teoria dos jogos, o autor se preocupa em como a SEC pode não apenas proteger os investidores, mas também equilibrar inovação, clareza e integridade. Enquanto os agentes privados teriam a opção de cooperar cumprindo a Lei de Valores Mobiliários ou não, a SEC poderia responder cooperando ou não.

A matriz de retorno de investimento abaixo mostra os resultados para essas escolhas, em que X representa tudo o que o investidor privado pode ganhar com a cooperação (inclusive o menor risco de o *player* sofrer

uma penalidade civil, medida cautelar e/ou possível devolução de lucros, bem como uma chance maior de que seu projeto de negócios continue sem impedimentos, um risco menor de execução contra os fundadores, além de incorporar menor probabilidade de uma ação subsequente privada). Para implementar o cumprimento, deve haver um custo, que é definido por  $S$ . Se o *player* privado não cooperar totalmente,  $X$  é compensado por um fator “ $\mu$ ”. Considerando que a cooperação não é plena, então os custos devem ser menores, e compensados proporcionalmente pelo mesmo fator “ $\mu$ ”.

Para a SEC, os retornos envolvem apoiar a inovação (“Benefício (Inovação)”) e proteger ferozmente os investidores e a integridade do mercado (“Benefício (Integridade)”), não havendo *trade-off* direto entre Inovação e Integridade. Além disso, a escolha do retorno do investimento para a SEC não é binária, de modo que “a SEC pode perder algum Benefício (Inovação) por meio de uma aplicação severa, o que sugeriria uma postura anti-inovação, mas poderia reduzir essa perda concedendo crédito de cooperação pela tentativa de cumprimento de *players* privados de boa-fé”. Caso a SEC concedesse crédito de cooperação, a perda de Benefício (Inovação) seria reduzida em algum fator (“ $\beta$ ”).

Além disso, Benefício (Integridade) também poderia ser reduzido se a SEC iniciasse a execução contra *players* privados que tentassem atingir seu cumprimento. Nesse caso, o potencial dano aos investidores seria menor porque não poderia haver fraude.

O segundo problema é que esses projetos inovadores podem ser benéficos para o mercado, embora não totalmente compatíveis com as leis de valores mobiliários. Nesses casos, a SEC pode não conseguir entender se uma ação específica de fiscalização promoveria a integridade do mercado. Para refletir essa possibilidade, o Benefício (Integridade) é reduzido em algum fator (“ $\alpha$ ”). O fator final relacionado ao pagamento da Comissão é, obviamente, os custos de instauração de ações de execução. (“Enf.”).

Veja abaixo uma tabela representando esses retornos:

SEC	Private Firms	
	Cooperate	Not cooperate
Cooperate	$(X-S)$ ; Benefit (Innovation)	$(X+S)$ ; – (Benefit (Innovation)+Benefit (Integrity))
Not cooperate	$(X/\mu - S/\mu)$ ; (Benefit (Integrity)/ $\alpha$ – Benefit (Innovation)/ $\beta$ – Enf.)	$-(X-S)$ ; (Benefit (Integrity) – Enf.)

Os resultados mostram que a estrutura do modelo apresenta as seguintes estratégias, classificadas da maior para a menor, considerando que qualquer descumprimento das Empresas Privadas sofreria retaliação por parte da SEC:

1. A estratégia dominante é “cooperar/cooperar.”
2. O retorno de “cooperar/não cooperar” depende da qualidade dos projetos subjacentes e de quão bem a SEC recompensa as tentativas de cooperação.
3. “Não cooperar/não cooperar” gera o benefício puro de proteger a integridade do mercado.
4. A opção “não cooperar/cooperar” passa a ser a estratégia estritamente dominada pela SEC com o menor retorno possível.

Usamos algumas das ideias acima no exercício de teoria dos jogos na seção 6, como a ideia de que o principal objetivo da CVM é colher os benefícios da inovação e integridade.

Trindade e Vieira (2020) apresentam questões conceituais, para entender a natureza dos criptoativos sob uma perspectiva de *Law & Economics*. Além disso, debruça-se sobre a questão da regulamentação dos criptoativos, analisando como o Brasil e outras jurisdições regulamentam o assunto. Por fim, ponderam sobre a possibilidade de um regulador universal. Os autores propõem que, de acordo com a finalidade para a qual são utilizados, os criptoativos podem ser classificados em três tipos diferentes. A partir dessa classificação, seria possível identificar a categoria jurídica em que se enquadram e, portanto, seu respectivo tratamento jurídico. Esse entendimento seria muito semelhante ao dos reguladores brasileiros dois anos após a publicação do artigo (BRASIL, 2022b). Tendo em vista o surgimento dos produtos criptoativos, os autores julgam de suma importância a criação de um marco legal mínimo que pudesse proporcionar segurança jurídica e previsibilidade sobre a matéria, destacando que no Brasil, à época, não havia regulamentação ampla sobre o assunto, mas também não havia regras que proibissem a emissão e circulação de criptoativos. De acordo com o princípio da legalidade, os indivíduos podiam fazer tudo o que não fosse proibido por lei; portanto, os produtos criptográficos não eram ilegais; por outro lado, a ausência de um marco regulatório sólido não garantiu segurança jurídica para seus operadores. Um marco regulatório mínimo ajudaria a aumentar a confiança dos agentes econômicos envolvidos.

No que diz respeito especificamente à regulamentação das moedas, poder-se-ia imaginar que elas estariam sujeitas à mesma regulamentação das moedas tradicionais. No entanto, para o ordenamento jurídico brasileiro, “a moeda é mais do que um fenômeno econômico, alcançando conotações jurídicas que delimitam sua definição”. Essa peculiaridade é reforçada na Constituição, em seu art. 164, que estabelece a competência exclusiva do Banco Central para emitir moeda. Além disso, os ativos criptográficos não podem ser caracterizados como possuindo papel moeda, como é o caso das moedas tradicionais.

As moedas também não devem ser confundidas com moeda eletrônica, regulamentada pela Lei nº 12.865/13. Tais moedas seriam recursos em reais mantidos em meio eletrônico por instituições financeiras.

Uma norma brasileira editada especialmente para títulos de criptoativos foi a Instrução Normativa RFB nº 1.888, da Receita Federal, que instituiu e disciplinou a obrigatoriedade de prestação de informações sobre operações realizadas com criptoativos. Outra norma relevante, que estava sendo experimentada quando da elaboração do artigo, é a conhecida como *sandbox* regulatório (Resolução BCB nº 50 de 16/12/2020).

Pravdiuk (2021) traz considerações sobre a regulamentação das criptomoedas em países economicamente desenvolvidos, bem como características distintivas do marco regulatório em países considerados como tendo regulamentação que incentiva esse mercado.

O artigo também descreve o quadro regulatório atual, enumerando diferentes tipos de regulamentação, ao mesmo tempo em que fornece uma visão sobre a abordagem de alguns países para a regulamentação de ativos digitais. O autor aponta para compreensões divergentes sobre a natureza de tais ativos e para uma abordagem descoordenada de sua regulamentação.

Os resultados apontam para o fato de que os países desenvolvidos estão convidando a regulamentação dos ativos digitais, com as diversas jurisdições escolhendo entre várias abordagens diferentes para a regulamentação.

Yalaman e Yildirim (2019) exploram se - e como - os ativos digitais devem ser tributados por meio de um arcabouço teórico de jogos. Os resultados mostram que existe um equilíbrio de Nash em um jogo jogado tanto pelo governo, como pelos investidores. Os autores também mostram como diferentes jurisdições regulam a tributação desses ativos digitais. O trabalho é relevante para este estudo porque introduz a ideia de usar o arcabouço teórico dos jogos para descrever os incentivos aos jogadores em relação à tributação dos ativos digitais.

Os autores argumentam que os investidores podem se recusar a pagar seu imposto de renda quando confrontados com essa decisão, por vários motivos, sendo um deles o desconhecimento quanto à sua obrigação de fazê-lo, uma vez que o governo não criou regulamentação específica para esses ativos, e outro sendo uma ação voluntária com o objetivo de sonegar impostos.

De acordo com o arcabouço da teoria dos jogos proposto, o governo terá que decidir se aplicará impostos aos rendimentos declarados dos investidores e eventuais penalidades por evasão fiscal, enquanto os investidores deverão decidir se pagarão seus impostos e se declararão ter obtido apenas metade de sua renda total, ou o valor total.

Finalmente, concluem que o equilíbrio de Nash ocorre quando o governo escolhe alíquotas de impostos mais baixas e penalidades fiscais severas, pois dessa forma os investidores serão incentivados a pagar seus impostos sobre sua renda total.

Deve-se notar que, de acordo com este trabalho e com as conclusões de Pravdiuk (2021), países desenvolvidos com instituições políticas mais inclusivas (como Estados Unidos, Canadá e Austrália) são mais propensos a regulamentar os ativos digitais de maneira positiva, enquanto países com instituições políticas mais extrativistas como Rússia e China tendem a regulamentar os ativos digitais de tal forma que o desenvolvimento desse mercado seja altamente dissuadido ou totalmente banido. Nas palavras de Pravdiuk (2021):

(...) como pode ser observado, condições favoráveis para a indústria cripto são criadas nos países com economias altamente desenvolvidas e boa governança. Há também uma clara tendência para melhor regulamentação da circulação de criptomoedas nesses países, considerando as advertências dos reguladores financeiros sobre a prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. (Pravdiuk, 2021).

Chokor e Alfieri (2021) consiste em uma análise empírica do impacto da regulamentação no mercado de criptomoedas, com foco em examinar se essas regulamentações são percebidas como positivas ou negativas pelo mercado. Em primeiro lugar, estuda as percepções dos investidores a novas regulamentações, fazendo uma análise da reação dos retornos das criptomoedas a eventos que indiquem aumento da regulamentação. Em segundo lugar, analisa se as características específicas da criptomoeda afetam as reações de retorno a esses eventos. Em terceiro lugar, concentra-se nos efeitos de longo prazo dos regulamentos no retorno das criptomoedas.

Este artigo fornece ao leitor uma compreensão muito rica dos efeitos da regulamentação nos retornos das criptomoedas. A janela de três dias em que os dados são analisados compensa qualquer atraso nas respostas dos *traders*, o que é uma grande característica deste estudo quando comparado a outros artigos que abordam o assunto. Este estudo servirá de base para entender o que se pode esperar do surgimento da regulamentação no país, fornecendo dados sobre os efeitos dessa regulamentação e, assim, orientando estratégias e respostas de governos e investidores.



Shanaev et al. (2019) corrobora os achados de Chokor e Alfieri (2021). Usando séries temporais e estimativas de painel para muitos ativos digitais diferentes, os autores estudaram os impactos da regulamentação anti-lavagem de dinheiro (AML), bem como a regulamentação das Ofertas Iniciais de Moedas (ICO) nos mercados de ativos digitais.

O artigo analisa cinco objetos centrais de regulamentação: AML, bolsas, ICOs, riscos e emissão lastreada pelo estado. Os resultados mostram que a abordagem da regulamentação é diferente de jurisdição para jurisdição, desde que cada uma delas tenha suas próprias prioridades para lidar. Enquanto os Estados Unidos, o Reino Unido e o Japão estão focados principalmente em ICOs, AML e regulamentação de câmbio, jurisdições como Rússia, Irã, Venezuela e Ilhas Marshall se preocupam principalmente com a emissão de *sovereign coins*.

De acordo com suas descobertas, as notícias são percebidas negativamente pelos mercados, e a ocorrência exagerada de eventos regulatórios afeta negativamente os preços.

Novamente, nota-se uma diferença nas principais preocupações de certas jurisdições quando se trata de regulamentação, com países desenvolvidos que possuem instituições políticas inclusivas liderando o caminho na tentativa de evitar a atividade criminosa no mercado de ativos digitais, enquanto países com instituições políticas extrativistas são mais focados na emissão de *sovereign coins*. Este último ponto poderia ser explicado pela possibilidade de que ter *sovereign coins* e controlar a plataforma na qual a moeda será emitida fornece ao país grande controle sobre a vigilância das transações na *blockchain*, o que pode ameaçar a privacidade e as liberdades civis das pessoas (THE NEW YORK TIMES, 2019).

## 2. DEFINIÇÃO DE ATIVOS DIGITAIS E TERMOS RELACIONADOS

Até um passado recente, o Brasil apresentava uma escassez significativa de regulamentação específica sobre ativos digitais. Essa lacuna normativa tornava complexa a interpretação de como os ativos digitais, incluindo criptomoedas, se enquadravam no ordenamento jurídico brasileiro, resultando em uma atmosfera de considerável incerteza jurídica.

Nos últimos anos, porém, os reguladores brasileiros começaram a contemplar a regulamentação por meio de um projeto de lei (BRASIL, 2021b), que foi aprovado pelo congresso e sancionado pelo presidente para se tornar a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022 (BRASIL, 2022a), que ficou conhecida entre os especialistas como o “Marco Regulatório das Criptomoedas”. Esta lei define o termo “ativo virtual” como uma representação digital de valor que pode ser negociado ou transferido por meio eletrônico e utilizado para efetuar pagamentos ou para fins

de investimento, não incluindo (i) moedas nacionais e estrangeiras; (ii) moeda eletrônica, de acordo com a Lei nº 12.865, de 09 de outubro de 2013; (iii) instrumentos que proporcionem ao titular acesso a determinados produtos ou serviços ou a benefícios decorrentes desses produtos ou serviços, tais como pontos e recompensas em programas de fidelidade; e (iv) representações de ativos cuja emissão, escritura, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, tais como Valores Mobiliários e ativos financeiros.

Por sua vez, apenas cerca de dois meses antes da publicação da Lei nº 14.478, a CVM publicou seu Parecer de Orientação CVM nº 40 (BRASIL, 2022b) sobre o assunto, onde definiu o termo “criptoativos” como sendo ativos representados digitalmente, geralmente representados por tokens (ativos intangíveis), protegidos por criptografia, que podem ser objeto de transações executadas e armazenadas por *Distributed Ledger Technologies* (Tecnologias de Contabilidade Distribuída) – DLTs, embora a CVM também declare expressamente de que esta definição não é inflexível (BRASIL, 2022b). Ademais, esses criptoativos são categorizados pela CVM, bem como pela maior parte da doutrina vigente sobre o assunto, como (i) Token de Pagamento, descritos pela CVM como sinônimo do termo “criptomoeda”, cuja função seria replicar as três características das moedas: funcionar como unidade de conta, meio de troca e reserva de valor; (ii) Token de Utilidade, utilizados para adquirir ou acessar determinados produtos ou serviços; ou (iii) Token referenciado a Ativo (*Security Tokens*), que representam um ou mais ativos, tangíveis ou não, como *stablecoins*, tokens não fungíveis (NFTs) e outros ativos “tokenizados”, podendo ser ou não caracterizados como Valores Mobiliários. Os criptoativos, segundo a CVM, caracterizam-se como Valores Mobiliários e como tais devem ser regulados por competência própria sempre que forem (i) a representação digital de um dos Valores Mobiliários listados nos incisos I a VII do art. 2º da Lei nº 6.385/ 76 e/ou previsto na Lei nº 14.430/2022; ou (ii) se enquadrarem no conceito aberto do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76, na medida em que se tratar de contrato de investimento.

Para verificar se um token referenciado a ativos pode ser caracterizado como um contrato de investimento, tornando-o, portanto, um título mobiliário, no caso, um token, a CVM aplicará o Teste de Howey (BRASIL, 2020a), desenvolvido em um julgamento da Suprema Corte dos EUA com o objetivo de determinar se uma transação deve se qualificar como um contrato de investimento coletivo ou não (US SUPREME COURT, 1946). Consiste, grosso modo, em uma série de critérios que devem ser atendidos para que a caracterização como um valor mobiliário seja observada. Sua intenção é determinar se um ativo digital deve ser caracterizado como um contrato de investimento coletivo e, conseqüentemente, como um valor mobiliário. Claro

que aferir o contrato de investimento coletivo não é trivial, exigindo uma análise profunda da natureza do token, mas, de qualquer forma, o *Howey Test* exige que todas as perguntas a seguir sejam respondidas afirmativamente para que o ativo digital seja definido como um valor mobiliário: Existe investimento? Esse investimento é formalizado por um Título ou um contrato? O investimento é coletivo? É oferecida alguma forma de remuneração aos investidores? A remuneração oferecida provém do esforço do empresário ou de terceiros?

Principalmente, para ser considerado um contrato de investimento e, portanto, um valor mobiliário de acordo com a regulamentação da CVM, o ativo deve ser um investimento público, formal, coletivo, que proporcione a expectativa de benefício econômico por meio dos esforços de um terceiro.

### 3. TOKENIZAÇÃO DE ATIVOS

A tokenização de ativos refere-se a um processo que converte a representação de ativos tangíveis ou tradicionais em produtos financeiros, transformando-os em ativos digitais. Mais especificamente, a tokenização tem como objetivo conferir uma identidade digital única a ativos que possuem valor monetário convertível, seja tangível ou intangível, possibilitando uma representação única e exclusiva de um ativo em um ambiente digital. A singularidade deste processo encontra-se na peculiaridade do mundo digital, onde os registros podem ser facilmente duplicados, mas a tokenização assegura a unicidade da representação de um determinado ativo. Isso inclui, por exemplo, imóveis, que apesar de serem ativos tangíveis, podem ser representados exclusivamente como tokens no mundo digital.

Em um artigo recente, Burtet et alii. (2021) explicou o que é a tokenização, especificamente para o mercado imobiliário:

Para entender o conceito, citamos as informações apresentadas por Blazoudakis (2021), por meio das quais a digitalização é realizada por meio da celebração de escritura pública de troca de um imóvel por um token, que representa o acesso das informações do imóvel em um sistema digital, baseado em Blockchain, de forma a permitir a realização de novos negócios, agora nesse novo ambiente. Tal digitalização consiste na atribuição de um código de token Blockchain ao negócio, representando seu acesso no mundo virtual, para que nele possam ser realizados novos negócios.

Assim, a tokenização é uma nova forma de negociação de ativos, que, comparada ao sistema tradicional, promete ser muito mais fácil e com menos burocracia, além de permitir redução de custos, maior segurança e transparência nas transações e a democratização dos investimentos.

É importante ressaltar que tokens não são equivalentes a moedas digitais. Os tokens representam ativos, enquanto as moedas digitais, que aspiram a servir como um meio de pagamento e como reserva de valor, são o investimento em si.

Para que um ativo seja tokenizado, são necessários dois requisitos: valor econômico e possibilidade de ser negociado ou funcionar como dinheiro ou investimento; pouco importa se é um ativo físico ou um ativo digital. Alguns exemplos são as próprias criptomoedas, imóveis, commodities, colecionáveis, metais preciosos, obras de arte, direitos creditórios, valores mobiliários e direitos autorais.

Conforme mencionado acima, no Brasil, a CVM já se manifestou sobre isso no Parecer de Orientação CVM nº. 40 (BRASIL, 2022b), e adotou a classificação dos ativos em 3 (três) categorias: (i) token de pagamento; (ii) token de utilidade; e (iii) token referenciados a ativos, como, por exemplo, os *security tokens*.

Neste trabalho, o objeto de estudo é a regulamentação de *security tokens*. Sobre essa categoria específica, a CVM acrescentou, ainda no Parecer de Orientação CVM nº 40, que o “*security token* pode ou não ser um valor mobiliário e que sua caracterização como tal dependerá da essência econômica dos direitos conferidos aos seus titulares, bem como pode depender da função que assume durante a execução do projeto a ele relacionado”.

#### 4. MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO

Desde a publicação do trabalho de Trindade e Vieira (2020), conforme mencionado na Seção 2, o marco regulatório brasileiro foi ampliado para incluir o Parecer de Orientação CVM nº 40, bem como a Lei nº 14.478. Essas regulamentações complementares são voltadas, respectivamente, para tokens lastreados em valores mobiliários e *exchanges*<sup>3</sup>, e representam alguns dos esforços mais significativos das instituições brasileiras em relação à regulamentação de ativos digitais.

Conhecido como marco regulatório dos ativos digitais, o art. 14 da Lei 14.478, que entrará em vigor em 20 de junho de 2023 (BRASIL, 2022a), respeitosa e, não faz jus ao seu epíteto, pois regulamenta estritamente provedores de serviços de ativos virtuais, definidos como

3 O termo “*Exchanges*”, no contexto deste trabalho, é utilizado como sinônimo de “corretoras”. No contexto dos ativos digitais, o termo “*exchanges*” refere-se a plataformas digitais que facilitam a compra, venda e negociação de criptoativos e outros ativos digitais. Estas plataformas desempenham um papel essencial na indústria de ativos digitais ao proporcionar a infraestrutura necessária para a negociação desses ativos. Na Lei nº 14.478, as *exchanges* são classificadas como «prestadoras de serviços de ativos virtuais», e estão sujeitas à regulamentação por parte da CVM. Embora o papel das *exchanges* seja importante para o funcionamento do mercado de ativos digitais, este trabalho concentra-se principalmente nos aspectos regulatórios dos emissores de tais ativos e no comportamento do mercado em geral, motivo pelo qual o conceito não será aprofundado.

“pessoas jurídicas que realizam, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendido como (i) troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira; (ii) troca entre um ou mais ativos virtuais (III) transferência de ativos digitais; (IV) custódia ou administração de ativos virtuais ou instrumentos que permitam o controle de ativos virtuais; ou (V) participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por emissor ou venda de ativos virtuais” (BRASIL, 2022a).

Além disso, a Lei nº 14.478 também determina que um “ato do poder executivo” atribuirá a um ou mais órgãos ou entidades da administração pública federal poderes para (i) autorizar o funcionamento, a transferência de controle, a fusão, a cisão e a incorporação dos prestadoras de serviços de ativos virtuais; (ii) estabelecer condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários e contratuais nas prestadoras de serviços de ativos virtuais e autorizar a investidura e o exercício de pessoas para cargos de administração; (iii) fiscalizar os prestadoras de serviços de ativos virtuais e aplicar o disposto na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, no caso de descumprimento dessa Lei ou de seus regulamentos; (iv) cancelar, de ofício ou a pedido, as autorizações referidas nos itens (i) e (ii); e (v) prever as hipóteses em que as atividades ou operações a que se refere o art. 5º da Lei nº 14.478 serão incluídas no mercado de câmbio ou no qual estarão sujeitas à regulamentação dos capitais brasileiros no exterior e dos capitais estrangeiros no país (BRASIL, 2022a). Essa Lei também introduz a criminalização da fraude com ativos virtuais nos arts. 10, 11 e 12 (BRASIL, 2022a).

O escopo do Parecer de Orientação CVM nº 40, por outro lado, conforme mencionado, é limitado aos ativos digitais de sua jurisdição, denominados “tokens referenciados a ativos”. Essa regulamentação fornece definições funcionais para ativos virtuais, que estão alinhadas com aquelas descritas em Trindade e Vieira (2020). A decisão sobre se um token lastreado em ativos será considerado um valor mobiliário ou não é baseada no Teste de Howey e será tomada caso a caso, desde que o ativo represente digitalmente um dos Valores Mobiliários do art. 2º, incs. I a VIII, da Lei nº. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (Lei do Mercado de Capitais) (BRASIL, 1976) ou se enquadre na definição de contratos de investimento do art. 2º inciso IX da Lei do Mercado de Capitais. Quaisquer derivativos também são necessariamente, de acordo com o Parecer de Orientação CVM nº 40, considerados Valores Mobiliários.

Para ser considerado um contrato de investimento no Teste Howey, o Parecer de Orientação CVM nº 40 consolida o entendimento de que são necessárias as seguintes características:

(i) investimento: aporte de dinheiro ou bem suscetível de valorização econômica; (ii) formalização: título ou contrato que resulte da relação entre investidor e ofertante, independentemente de sua natureza jurídica ou forma específica; (iii) caráter coletivo do investimento; (iv) expectativa de benefício econômico: seja por direito a alguma forma de participação, parceria ou remuneração, decorrente do sucesso da atividade referida no item (v) abaixo; (v) esforço do empresário ou de terceiro: o benefício econômico resulta do (v) esforço do empresário ou de terceiro: o benefício econômico resulta da ação preponderante de terceiro e não do investidor; e (vi) oferta pública: esforço de captação de recursos da poupança pública (BRASIL, 1976).

O Parecer de Orientação CVM nº 40 também traz esclarecimentos sobre como esses três últimos itens devem ser interpretados, principalmente no que diz respeito ao significado de ofertas públicas, uma vez que a CVM já publicou outras Orientações sobre ofertas públicas realizadas na internet (BRASIL, 2005a) e em outras jurisdições (BRASIL, 2005b), deixando claro que a caracterização da oferta como oferta pública será avaliada caso a caso. Essas orientações são complementadas por regulamentações da CVM, como a Resolução CVM nº 88, de 27 de abril de 2022 (Resolução CVM nº 88) (BRASIL, 2022c), que, entre outras, trata da questão do financiamento coletivo (*crowdfunding*). No que se refere à emissão de ofertas públicas na internet, o Parecer de Orientação CVM nº 40 também apresenta alternativas como o *geoblocking* para evitar que determinados ativos digitais sejam considerados contratos de investimento como, consequentemente, Valores Mobiliários sob a jurisdição CVM.

Em relação aos ativos digitais considerados Valores Mobiliários, a CVM adotará política de divulgação plena e justa, em linha com as normas do *Securities Act* (ESTADOS UNIDOS, 1933), respeitando assim a transparência em relação aos ativos digitais. Dessa forma, aplica-se e deve ser observada a regulamentação da CVM para ofertas públicas de ativos digitais, especialmente no que se refere a (i) registro e divulgação periódica de emissores de Valores Mobiliários nos termos da Resolução CVM nº 80, de 29 de março de 2022 (BRASIL, 2022d); (ii) ofertas públicas em mercados regulamentados; regulamentação específica, tais como (a) Resolução CVM nº 88, de 27 de abril de 2022 (BRASIL, 2022c) e Resolução CVM No. 86, de 31 de março de 2022 (BRASIL, 2022e).

Nos termos da regulamentação da CVM, vale ressaltar que as seguintes disposições são aplicáveis: (i) prestação de serviços centralizados de custódia de Valores Mobiliários; (ii) prestação de Compensação e Liquidação de Títulos e Valores Mobiliários; (iii) a prestação de serviços de escrituração de Valores Mobiliários e a emissão de certificados de Valores Mobiliários.

Além disso, o Parecer de Orientação CVM nº 40 também recomenda o fornecimento de informações sobre (i) Informações sobre direitos dos detentores de tokens; e (ii) Informações sobre negociação, infraestrutura e propriedade de token (BRASIL, 2022b).

A CVM também destacou o papel dos intermediários no Mercado Secundário e a importância de eles seguirem a regulamentação da CVM sobre Valores Mobiliários. De acordo com o Parecer de Orientação CVM nº 40, os intermediários devem garantir, em qualquer oferta de ativos digitais, a transparência e o fornecimento de informações sobre as características e riscos associados a tais ativos. Os intermediários também devem, entre outras obrigações, promover a devida diligência nos controles internos dos parceiros comerciais (BRASIL, 2022b).

No que se refere aos fundos de investimento, o Parecer de Orientação CVM nº 40 destaca a importância da avaliação do nível correto de divulgação quanto aos riscos potenciais e, em outros assuntos, defere-se à regulamentação anterior<sup>4</sup> (BRASIL, 2022b).

O último assunto discutido no Parecer de Orientação CVM nº 40 é o *sandbox* regulatório, introduzido pela Instrução CVM nº 626/20 e posteriormente substituído pela Resolução CVM nº 29/21 (BRASIL, 2021a). De acordo com o “Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 2021b),

O *Sandbox* Regulatório é um ambiente regulatório experimental, criado com o objetivo de suspender temporariamente a obrigatoriedade de cumprimento de normas exigidas para atuação em determinados Setores, permitindo que as empresas usufruam de um regime diferenciado para lançar novos produtos e serviços inovadores no mercado, com menos burocracia e mais agilidade, mas com acompanhamento e orientação dos órgãos reguladores. Assim, em casos específicos, regulamentados em lei, os órgãos reguladores poderão suspender temporariamente a incidência de normas exigidas para atuação em setores selecionados, estabelecendo um ambiente experimental no qual os participantes admitidos receberão autorizações temporárias e condicionadas para desenvolver um modelo de negócio inovador, composto por atividades que usam tecnologia inovadora ou façam uso inovador de tecnologias existentes.

Em outras palavras, o *Sandbox* propicia um ambiente que estimula o surgimento de novas tecnologias, pois levanta algumas regras que podem restringir ou bloquear a materialização de novas ideias. Trata-se de um ambiente regulatório rico para brainstorming. Nesse sentido, o Brasil vem se mostrando um país amigo das criptomoedas e tecnologias.

4 Ofícios Circulares no 1/2018/CVM/SIN, de 12/01/2018 e 11/2018/CVM/SIN, de 19/09/2018.

Para exemplificar a existência do *sandbox* regulatório, tem-se a Deliberação CVM nº 875 (BRASIL, 2021c), que reduziu as exigências regulatórias normalmente aplicáveis aos Valores Mobiliários regulares, para a tokenização de ativos. Com base nesse regulamento, o *sandbox* regulatório implica a isenção de diversos dispositivos legais.

Por exemplo, com relação à Instrução CVM nº 461 (BRASIL, 2007), de 23 de outubro de 2007, as entidades tokenizadoras estão dispensadas (i) da necessidade de autorizações específicas da CVM e do Banco Central do Brasil para compensação e liquidação por parte das entidades administradoras (art. 16, parágrafo único); (ii) da obrigatoriedade de possuir os seguintes órgãos: (a) Conselho de Administração, com Conselho Fiscal; (b) Diretor Geral; (c) Conselho de Auto-Regulação; (d) Departamento de Auto-Regulação; e (e) Diretor do Departamento de Auto-Regulação (art. 19, caput); (iii) do dever de (a) fornecer informações trimestrais aplicáveis às companhias abertas e do dever de fornecer o formulário de informações anuais e suas atualizações aplicáveis às companhias abertas; e (b) disponibilizar as demonstrações financeiras no site da entidade administradora (art. 31, §§ 3º e 4º); (iv) do dever do Diretor do Departamento de Auto-Regulação enviar mensalmente à CVM (a) relatório descritivo sobre eventual descumprimento das normas legais vigentes no mercado organizado de Valores Mobiliários em questão e os desvios observados nas operações; (b) relatório das auditorias concluídas no período; e (c) relatório com a listagem dos processos administrativos instaurados; (v) da atribuição do Diretor do Departamento de Auto-Regulação de elaborar anualmente, para aprovação do Conselho de Auto-Regulação, os seguintes documentos (a) relatório de prestação de contas das atividades desenvolvidas pelo Departamento de Auto-Regulação, auditadas por auditor independente registrado na CVM, indicando os principais responsáveis por cada uma delas, bem como as providências adotadas ou recomendadas como resultado de seu desempenho; e (b) relatório contendo a proposta orçamentária para o exercício social subsequente (art. 31, §§ 3º e 4º).

A Instrução CVM nº 476 (BRASIL, 2009) também contém disposições removidas pelo *sandbox*, no que diz respeito às instituições integrantes do sistema de distribuição de Valores Mobiliários, tais como: (i) ofertas públicas distribuídas com esforços restritos, em desacordo com o disposto no art. 2º, caput e parágrafo único, não se destinam exclusivamente a investidores profissionais e intermediados por integrantes do sistema de distribuição de Valores Mobiliários; além disso, será permitida a busca de investidores por meio de lojas, escritórios ou estabelecimentos abertos ao público, ou com a utilização de serviços públicos de comunicação, como imprensa, rádio, televisão e páginas abertas ao público na rede mundial de computadores; (ii) Nas ofertas públicas distribuídas com esforços restritos,



não se aplicarão os incisos I e II nos limites previstos no art. 3º, de forma que poderão ser procurados mais de 75 (setenta e cinco) investidores profissionais; e os Valores Mobiliários ofertados poderão ser subscritos ou adquiridos por mais de 50 (cinquenta) investidores profissionais; (iii) o ofertante poderá realizar outra oferta pública de mesma espécie de Valores Mobiliários do mesmo emissor ainda que no prazo de 4 (quatro) meses, contados da data de encerramento ou cancelamento da oferta, contrariando o disposto no art. 9º, *caput*.

A Resolução CVM nº 33 (BRASIL, 2021d), mais recente, de 15 de maio de 2021, teve apenas um dispositivo removido: o art. 23, para as entidades autorizadas a prestar serviços de escrituração de Valores Mobiliários: “Art. 23. A entidade escrituradora que presta serviços de emissão de certificados de Valores Mobiliários deve solicitar aprovação específica à CVM, previamente a cada emissão, de acordo com a regulamentação em vigor.”

Além disso, para as atividades exercidas pelos tokenizadores no âmbito do *Sandbox* Regulatório, foi dispensado o depósito centralizado como condição para a distribuição pública de Valores Mobiliários e para a negociação de Valores Mobiliários em mercados organizados de Valores Mobiliários (o cumprimento do art. 4º, incs. I e II, da Resolução CVM nº 31 (BRASIL, 2021e), foi dispensado).

Por fim, há também a dispensa do cumprimento do art. 6º, III e VII, da Resolução CVM nº 17, de 09 de fevereiro de 2021, para as atividades exercidas pelos distribuidores de Valores Mobiliários e tokenizadores: “Art. 6º - Observado o disposto no art. 4º, a seguinte instituição não poderá ser indicada como agente fiduciário: III - que seja coligada ou controlada por sociedade que atue como distribuidora do emissor; VII - que, de qualquer outra forma, esteja em situação de conflito de interesses.

A partir da análise da Deliberação CVM nº 875 (BRASIL, 2021c) deduzimos que a própria ideia da regulamentação é tanto incentivar a inovação no mercado de capitais como reduzir custos de transação para investidores privados, entendimento que é confirmado pela Resolução CVM nº 29 (BRASIL, 2021a), em seu art. 1º, parágrafo único, incs. I e III.

## 5. EXERCÍCIO DE TEORIA DOS JOGOS

Essa análise será limitada aos *security tokens* que estão sob a alçada da CVM, cujo efeito de regulamentação foi exaustivamente estudado na literatura selecionada acima.

Conforme demonstrado acima, foram identificadas e mapeadas as restrições apresentadas pelo atual arcabouço legal no Brasil no que diz

respeito à regulamentação de ativos digitais, especialmente quanto aos tokens referenciados a ativos. Esse esforço estabelece uma base para como a regulamentação é abordada pelos reguladores brasileiros.

Nesta Seção se fará uma análise matricial da teoria dos jogos, onde os interesses da CVM (*Player 1*) serão contrastados com os dos Investidores Privados (*Player 2*). Cada um deles jogará para maximizar sua utilidade, considerando que este não será um jogo de soma zero. Isso significa que não será usado o critério de Pareto, mas será trabalhada a noção de Eficiência de Kaldor-Hicks, conforme sugerido por De Geest (2015), para permitir mudanças nas quais há ganhadores e perdedores, de modo que os ganhadores possam ganhar mais do que os perdedores perdem. Ao fazer isso, serão seguidos os imperativos do Critério de Kaldor-Hicks, revelando todas as vantagens e desvantagens que se têm em mente, e revelando o metacritério usado para medi-las. Esta abordagem irá melhorar a metodologia aplicada na literatura recente.

As estratégias à disposição da CVM serão impor e fazer cumprir (i), Regulação Rígida, que se caracteriza por mais vigilância e fiscalização e que, portanto, exigirá maior tributação, multas mais caras, política de fiscalização mais rigorosa quanto à obrigação de seguir ações AML e conhecimento das regras do seu cliente (KYC), além de maior foco na integridade do mercado, ou (ii) Regulação Branda, que se caracteriza por menos vigilância e fiscalização, o que exigirá tributação mais baixa, multas menos onerosas, política de aplicação branda quanto à obrigação de seguir regras AML e KYC; dados os parâmetros dentro das possibilidades do arcabouço legal brasileiro, que prevê restrições quanto ao quão rígida ou branda pode ser a imposição e execução da regulamentação. Para a análise da aplicação por parte do governo, tomarei emprestado também as ideias apresentadas em Guseva (2020), especialmente no que diz respeito à ideia de que é objetivo da CVM permitir o desenvolvimento da inovação, garantindo a integridade do mercado, dilema que será abordado no jogo.

As estratégias dos Investidores Privados serão (i) cumprir o novo regulamento, o que significaria conformidade total com os requisitos de registro e relatórios pré-venda das leis de Valores Mobiliários do Brasil, conforme descrito acima, pagamento integral de impostos, conformidade com AML (anti-lavagem de dinheiro) e regras KYC e uso de ferramentas de *geoblocking*; ou (ii) não cumprir o novo regulamento, o que significaria conformidade inferior com os requisitos de registro e relatório de pré-venda das leis de valores mobiliários do Brasil, conforme descrito acima, conforme proposto por Guseva (2020), evasão fiscal, conforme proposto por Yalaman e Yildirim (2019), cumprimento insuficiente das regras AML e KYC.

A partir daí, será possível determinar o melhor curso de ação para a regulamentação de *security tokens* para os aspectos selecionados da norma, o

que permitirá uma recomendação sobre o assunto. Também será comparado esse entendimento da abordagem ideal para a regulamentação atual no Brasil.

Para a matriz da teoria dos jogos, foram escolhidas as variáveis abaixo<sup>5</sup>, que afetarão a utilidade dos *players* negativa ou positivamente ou terão um resultado neutro<sup>6</sup>.

Considerando que para os Investidores Privados:

A) **Retorno (R)** é uma variável fixa, que representa o retorno dos Investidores Privados na exploração de negócios relacionados a *security tokens*.

B) **Custos de Transação (CT)** representam todos os custos associados à realização de transações com *security tokens* na jurisdição da CVM, como impostos; todos os esforços necessários para registrar e divulgar periodicamente emissores de Valores Mobiliários; a prestação de serviços centralizados de custódia de Valores Mobiliários; a prestação de Compensação de Valores Mobiliários e Liquidação de Valores Mobiliários; a prestação de serviços de escrituração de Valores Mobiliários e emissão de certificados de Valores Mobiliários, horas faturáveis de peritos jurídicos, auditores etc., ou de todos os custos associados ao investimento de recursos para operar a partir de uma jurisdição estrangeira com nenhuma (ou pouca) regulamentação. Esta variável é positivamente afetada pela Regulação Rígida e pela Alta Conformidade, já que ambos demandam maior dispêndio de capital; por outro lado, é afetado negativamente pela Regulação Branda e pela Baixa Conformidade, pois ambos demandam menor dispêndio de capital. Custos de transação altos são maiores que custos de transação médios, que por sua vez são maiores que custos de transação baixos ( $CT^h > CT^m > CT^l$ );

C) **Multas (M)** representa quaisquer multas pelo descumprimento de qualquer norma estabelecida pela CVM, que serão pagas pelos Investidores Privados à CVM. Essa variável é positivamente afetada pela Regulação Rígida e pela Baixa Conformidade, uma vez que a Regulação Rígida imporá, por *default*, multas mais altas, sendo que a Baixa Conformidade

5 para manter a simplicidade e a compreensibilidade do modelo, optamos por não incluir neste exercício variáveis que representassem diferentes probabilidades de *enforcement* das regras, o que tornaria o modelo substancialmente mais complexo do ponto de vista matemático. Embora essas diferenças possam ter um impacto relevante em análises mais detalhadas e realistas da política tributária e da regulamentação, nosso objetivo aqui não é resolver o modelo de maneira analítica com todos esses detalhes. Em vez disso, estamos buscando fornecer uma intuição dos resultados que se pode alcançar ao considerar fatores-chave como regulamentação e conformidade.

6 É importante esclarecer que no contexto deste trabalho, a expressão “afeta positivamente” refere-se estritamente a um aumento no valor numérico da variável em questão, enquanto “afeta negativamente” implica uma diminuição em seu valor. Portanto, um impacto “positivo” pode, em alguns casos, resultar em um aumento de custo ou uma diminuição de utilidade, o que pode ser interpretado como um efeito negativo do ponto de vista da preferência ou do resultado desejado. Se uma variável estiver precedida por um sinal negativo na equação, um impacto “positivo” (aumento do valor da variável) na verdade levará a um impacto negativo no resultado da operação algébrica como um todo. Assim, o uso de “positivamente” e “negativamente” neste estudo refere-se unicamente às mudanças numéricas nas variáveis, não a julgamentos de valor.

será atendida com mais multas, como punição por mau comportamento; por outro lado, é afetada negativamente pela Regulação Branda e pela Alta Conformidade, uma vez que a Regulação Branda irá, por *default*, impor multas mais baixas, sendo que a Alta Conformidade será cumprida com menos multas como recompensa pelo bom comportamento. As multas altas são maiores que as multas médias, que por sua vez são maiores que as multas baixas ( $M^h > M^a > M^l$ ).

D) **Recompensa (Rec)** é um incentivo oferecido pela CVM aos Investidores Privados por Alta Conformidade à regulação. Esta variável só existe quando os Investidores Privados escolhem Alta Conformidade. Em um modelo de regulação responsiva, a magnitude da recompensa é dinâmica, alterando-se progressivamente em resposta à cooperação, ou falta dela, dos regulados. Quando sinais de desinteresse em cooperar são evidenciados, a recompensa é diminuída progressivamente, refletindo a disposição decrescente da CVM em oferecer incentivos. Ao contrário, em cenários de Regulação Branda, onde a cooperação é alta e o desinteresse em cooperar é mínimo, a recompensa tende a ser aumentada, ilustrando a maior flexibilidade da CVM em relação aos Investidores Privados. Assim, a variável “recompensa” é negativamente afetada por Regulação Rígida, e positivamente afetada por um contexto de Regulação Branda, demonstrando a adaptação estratégica da regulação responsiva ao comportamento dos regulados.

Considerando que para o Governo:

A) **Custos de Implantação (CI)** significa o investimento de recursos na elaboração de toda a regulamentação e na garantia da fiscalização dos Investidores Privados, consistentes, por exemplo, na criação de instituições reguladoras e esforços de auditoria corporativa. Esta variável é positivamente afetada por Regulação Rígida, uma vez que a Regulação Rígida demandará mais dispêndios de capital nas atividades acima; por outro lado, é afetada negativamente por Regulação Branda, pois demandará menos dispêndio de capital. Custos de Implantação altos são maiores que Custos de Implantação médios, que por sua vez são maiores que Custos de Implantação baixos ( $CI^h > CI^a > CI^l$ );

B) **Impostos (T)** representa uma porcentagem do retorno dos Investidores Privados que será pago ao Governo. Essa variável é positivamente afetada pela Regulação Rígida e Alta Conformidade, uma vez que a CVM exigirá mais impostos para custeio da Regulação Rígida, e que Alta Conformidade resultará em menor evasão fiscal; por outro lado, a variável é afetada

negativamente pela Regulação Branda e Baixa Conformidade, uma vez que a CVM exigirá menos impostos para financiar a fiscalização, e que a aplicação da Regulação Branda, acompanhada de Baixa Conformidade, resultará em maior evasão fiscal. Observe-se que a Baixa Conformidade será punida com multas mais altas, conforme demonstrado abaixo. Impostos altos são maiores que impostos médios, que por sua vez são maiores que impostos baixos ( $T^h > T^m > T^l$ );

C) **Multas (M)** representa quaisquer multas por descumprimento de regulamentação da CVM, que serão pagas pelos Investidores Privados à CVM. Esta variável é positivamente afetada pela Regulação Rígida e pela Baixa Conformidade uma vez que a Regulação Rígida imporá por padrão multas mais altas e a Baixa Conformidade será atendida com mais multas, como punição por mau comportamento; por outro lado, é afetada negativamente pela Regulação Branda e pela Alta Conformidade, uma vez que a Regulação Branda irá, por padrão, impor multas mais baixas e a Alta Conformidade será atendida com menos multas como recompensa pelo bom comportamento. multas altas são maiores que multas médias, que por sua vez são maiores que multas baixas ( $M^h > M^m > M^l$ ).

D) **Esforços de Fiscalização (EF)** representa o esforço da CVM para fiscalizar e fazer cumprir a regulamentação. Se o cumprimento for insuficiente (Regulação Rígida x Regulação Branda), o EF será alto, enquanto, se o cumprimento for suficiente (Regulação Rígida x Alta Conformidade ou Regulação Branda x Baixa Conformidade), o EF será médio, e, se o Compliance for mais que suficiente (Regulação Branda x Alta Conformidade), o EF será baixo.

E) **Tamanho do Mercado (TM)** significa o número de Investidores Privados que participam da atividade dado o nível de regulamentação. Como visto na revisão da literatura, a regulamentação mais rígida é acompanhada de evasão de mercado, o que reduzirá o número de Investidores Privados no mercado e compensará o retorno da CVM.

F) **Benefício Inovação (BIno)** é uma política de recompensa de apoio à inovação, pois é um dos principais objetivos da CVM na regulamentação de *security tokens*. Esta variável é afetada positivamente pela Regulação Branda e pela Baixa Conformidade, pois permitem mais inovação; é afetada negativamente por Regulação Rígida e Alta Conformidade, pois impedem a inovação.

G) **Benefício Integridade (Bint)** é uma política de recompensa de proteger ferozmente os investidores e a integridade do mercado. Esta

variável é positivamente afetada por Regulação Rígida e pela Alta Conformidade, pois permitem maior proteção do investidor; e é afetada negativamente pela Regulação Branda e Baixa Conformidade, uma vez que impedem a proteção do investidor.

H) **Recompensa (Rec)** é um incentivo oferecido pela CVM aos Investidores Privados pela Alta Conformidade da regulamentação. Esta variável só existe quando os Investidores Privados escolhem Alta Conformidade. Em um modelo de regulação responsiva, a magnitude da recompensa é dinâmica, alterando-se progressivamente em resposta à cooperação, ou falta dela, dos regulados. Quando sinais de desinteresse em cooperar são evidenciados, a recompensa é diminuída progressivamente, refletindo a disposição decrescente da CVM em oferecer incentivos. Ao contrário, em cenários de baixa regulamentação, onde a cooperação é alta e o desinteresse em cooperar é mínimo, a recompensa tende a ser aumentada, ilustrando a maior flexibilidade da CVM em relação aos Investidores Privados. Assim, a variável “recompensa” é negativamente afetada por Regulação Rígida, e positivamente afetada por um contexto de Regulação Branda, demonstrando a adaptação estratégica da regulação responsiva ao comportamento dos regulados.

Várias suposições foram feitas para esta análise, conforme descrito abaixo:

- (I) Os *Players* são maximizadores de utilidades;
- (II) O retorno dos Investidores Privados é fixo;
- (III) Não existem diferenças relativas às distintas probabilidades de *enforcement* das regras, de tal maneira que todos os participantes do jogo obedecerão às regras na mesma proporção;
- (IV) As diferenças entre os níveis nas variáveis são lineares (por exemplo:  $CT^a - CT^m = CT^m - CT^b$ ), tal que  $CT^a - CT^m = CT^b$ );
- (V) A evasão fiscal sempre existe, embora flutue com o rigor da regulamentação e o nível de cumprimento, conforme descrito acima;
- (VI) Conforme evidenciado pela literatura selecionada, a Regulação Branda está associada a um maior Tamanho do Mercado, enquanto a Regulação Rígida está associada a uma diminuição do Tamanho do Mercado;

(VII) Para a CVM, o valor dos impostos é sempre maior que o valor das multas ( $T^b > M^a$ );

(VIII) Para Investidores Privados, a diferença entre Custos de Transação médios e Custos de Transação baixos é superior à diferença entre multas médias e multas baixas ( $CT^m - CT^b > M^m - M^b$ );

(IX) Para Investidores Privados, a diferença entre Custos de Transação altos e Custos de Transação médios é maior do que a diferença entre multas altas e multas médias ( $CT^m - CT^b > M^m - M^b$ ).

(X) O valor de impostos altos menos o valor de Custos de Implantação altos é igual ao valor de impostos baixos menos Custos de Implantação baixos ( $T^a - CI^a = T^b - CI^b$ );

(XI) A CVM prefere atingir a igualdade entre Benefício Inovação e Benefício Integridade ( $BIno^m + BInt^m$ ), em vez da desigualdade ( $BIno^a + Bint^b$  ou  $BIno^b + BInt^b$ ).

(XII) Baixa Recompensa é igual à soma dos Custos de Transação altos e multas médias menos a soma dos Custos de Transação médios e multas altas [ $(CT^a + M^m) - (CT^m + M^a) = Rec^b$ ].

(XIII)  $TM^a / TM^b = (T^m + M^a - CI^a - EF^a + BIno^m + BInt^m) / (T^b + M^m - CI^b - EF^m + BIno^a + Bint^b)$

		Investidores Privados	
		Alta Conformidade	Baixa Conformidade
CVM	Regulação Branda	$(T^m + M^b - CI^b - EF^b + BIno^m + BInt^m - Rec^a) * TM^a$ ; $R - CT^m - M^b + Rec^a$	$(T^b + M^m - CI^b - EF^m + BIno^a + Bint^b) * TM^a$ ; $R - CT^b - M^m$
	Regulação Rígida	$(T^a + M^m - CI^a - EF^m + Bint^a + BIno^b - Rec^b) * TM^b$ ; $R - CT^a - M^m + Rec^b$	$(T^m + M^a - CI^a - EF^a + BIno^m + BInt^m) * TM^b$ ; $R - CT^m - M^a$

Esses são os resultados alcançados por este estudo de teoria dos jogos, onde a utilidade da CVM é composta por impostos, multas, Custo

de Implantação, Esforços de Fiscalização, Evasão de Mercado, Benefício Inovação, Benefício Integridade, e recompensa, enquanto a utilidade dos Investidores Privados é composta por seu Retorno, Custos de Transação, multas e recompensa.

Analisando o quadrado superior esquerdo (Regulação Branda/Alta Conformidade), observa-se que a CVM seria mais branda com Investidores Privados, cobrando menos impostos e multas e gastando menos com elaboração de regulamentação entre, vigilância e fiscalização. Também colheria os benefícios da inovação e da integridade, embora tivesse que pagar uma alta recompensa aos Investidores Privados pela Alta Conformidade. Os Investidores Privados teriam que pagar impostos médios e multas baixas, como permitido pela leniência da CVM, e receberiam uma alta recompensa por Alta Conformidade.

No quadrado superior direito (Regulação Branda/Baixa Conformidade), a leniência da CVM não seria atendida com cumprimento, resultando em mais evasão fiscal e descumprimento de seus regulamentos de transparência, regras AML e KYC, o que por sua vez resultaria em multas mais altas; Baixa Conformidade afetaria positivamente os Esforços de Fiscalização da CVM, pois mais esforços seriam necessários para combater a Baixa Conformidade, e, embora colhesse o Benefício Inovação, já que Investidores Privados poderiam operar com mais liberdade e mais inventividade, teria baixo Benefício Integridade, já que Investidores Privados e clientes estariam desprotegidos. Investidores Privados teriam Custos de Transação mais baixos para atender a Regulação Branda com Baixa Conformidade, embora isso fosse compensado com o pagamento de multas mais altas.

No canto inferior esquerdo (Regulação Rígida/Alta Conformidade), a CVM aplicaria uma regulamentação mais rígida, o que significaria impostos mais altos, que seriam pagos integralmente, multas mais altas e Custos de Implantação mais altos, embora essas duas variáveis fossem compensadas por Alta Conformidade, que diminuiria a necessidade de multas e diminuiria os custos relacionados à vigilância e fiscalização; os Esforços de Fiscalização seriam medianos, pois a Regulação Rígida exige muito esforço e é compensada pela Alta Conformidade; haveria também alta evasão de mercado, o que reduz significativamente o Tamanho do Mercado; a CVM colheria ao máximo o Benefício Integridade, mas perderia muito do Benefício Inovação - o que a afasta de seu objetivo -, e teria que pagar uma baixa recompensa aos Investidores Privados devido à Alta Conformidade. Os Investidores Privados teriam altos Custos de Transação para cobrir a Alta Conformidade para Regulação Rígida, pagariam multas médias para cumprir as regras, e receberiam uma recompensa baixa devido à Alta Conformidade.

Por fim, no canto inferior direito (Regulação Rígida/Baixa Conformidade), a CVM seria muito rigorosa com Investidores Privados,



cobrando altos impostos, provocando alta sonegação e altas multas, com grande custo para a CVM; haveria também alta evasão de mercado; por outro lado, colheria igualmente Benefício Inovação e Benefício Integridade. Investidores Privados, teriam Custos de Transação médios, uma vez que os custos de cumprimento da Regulação Rígida são compensados por Baixa Conformidade, e altas multas por Baixa Conformidade.

Diante das premissas deste estudo, os resultados apontam para uma escolha de Regulação Branda pela CVM e Alta Conformidade por parte dos Investidores Privados, como fica evidente pela análise das opções abaixo:

Para as escolhas dos Investidores Privados quando a CVM opta por Regulação Rígida, os Investidores Privados são indiferentes.

$$R - CTa - Mm + Recb = R - CTm - Ma$$

Para as escolhas dos Investidores Privados quando a CVM optar pela Regulação Branda, Baixa Conformidade será a escolha predominante, uma vez que  $CTm + Mb > CTb + Mm$ :

$$R - CTm - Mb + Reca > R - CTb - Mm$$

Para as escolhas da CVM quando Investidores Privados optam por Baixa Conformidade, há alguns *trade-offs* a se considerar. Enquanto ao optar por Regulação Branda, a CVM teria menor utilidade nos impostos em relação à Regulação Rígida, também teria menores Custos de Implantação e menores Esforços de Fiscalização; neste caso, Benefício Inovação e Benefício Integridade não estariam alinhados, como estariam na Regulação Rígida, e o Tamanho do Mercado também seria maior. Isto levaria a uma decisão complexa, que dependeria de uma análise fática sobre a proporção dos Tamanhos dos Mercados e da ponderação de todos os outros fatores, conforme descrito na equação abaixo, alinhada à premissa (xiii):

$$TM^a / TM^b = (T^m + M^a - CI^a - EF^a + BIno^m + BInt^m) / (T^b + M^m - CI^b - EF^m + BIno^a + BInt^b)^7$$

Para as escolhas da CVM quando Investidores Privados optam por Alta Conformidade, apesar de a CVM ganhar mais utilidade ao receber

7 Note-se que esta equação iguala os payoffs da CVM nos cenários em que os investidores privados adotam baixos níveis de compliance, pois decorre da premissa que  $(T^b + M^m - CI^b - EF^m + BIno^a + BInt^b) * TM^a = (T^m + M^a - CI^a - EF^a + BIno^m + BInt^m) * TM^b$ . Cumpre ressaltar que se optou por criar esta premissa devido à complexidade intrínseca do resultado quando tais cenários ocorrem. A natureza complexa e multifacetada desses cenários torna a comparação entre os payoffs da CVM em casos de regulação rígida ou branda um desafio significativo. Dada essa complexidade, a premissa adotada visa simplificar a matriz de jogo e, assim, permitir uma análise mais eficiente e gerenciável, sem comprometer a integridade do modelo. É importante ressaltar que essa simplificação não reduz a relevância ou a validade das conclusões derivadas da análise da matriz de jogo. Pelo contrário, ela ajuda a destacar as dinâmicas essenciais da interação entre a CVM e os investidores privados no contexto da regulamentação de ativos digitais.

impostos e multas, e perder menos utilidade ao pagar uma recompensa menor no caso de Regulação Rígida, a Regulação Branda é mais atrativa por uma série de razões: Benefício Inovação e Benefício Integridade são iguais, Tamanho do Mercado é alto, Custos de Implantação são menores assim como os Esforços de Fiscalização.

$$(T^m + M^b - CI^b - EF^b + BIno^m + BInt^m - Rec^a) * TM^a > (Ta + Mm - CI^a - EF^m + Bint^a + BIno^b - Rec^b) * TM^b$$

Note-se que esta matriz poderia ser expandida em seus limites, para caber, em sua linha superior, a hipótese de “Não Regulamentação”, ou em sua linha inferior, a hipótese de Proibição. No entanto, isso se mostrou desnecessário, em primeiro lugar porque iria contra as tendências evidenciadas pelos reguladores brasileiros e contra a atual – e anunciada – intenção da CVM, uma vez que já demonstraram grande determinação em regular a questão dos ativos digitais. Portanto, não aplicar nenhuma regulamentação ou proibir a prática é, pelo menos neste momento, inconcebível.

A título de curiosidade, porém, essas hipóteses serão brevemente consideradas. Se nenhuma regulamentação fosse aplicada pela CVM, além do fato de que a escolha por Alta Conformidade e Baixa Conformidade não faria sentido para Investidores Privados, a CVM não receberia impostos, nem multas, não tendo custos de transação ou Esforços de Fiscalização. O Tamanho do Mercado seria irrelevante e o Benefício Integridade, inexistente. Somente o Benefício Inovação sobreviveria, mas teria pouco valor, sem qualquer Benefício Integridade, uma vez que os Investidores Privados estariam completamente desprotegidos de atividades fraudulentas e a própria jurisdição estaria vulnerável ao uso de ativos digitais para financiar o terrorismo ou realizar lavagem de dinheiro. É fácil perceber que tal hipótese não prevaleceria sobre aquelas observadas na matriz.

Se, por outro lado, a CVM optasse por proibir a atividade econômica envolvendo *security tokens*, os Investidores Privados seriam “expulsos” da jurisdição para exercer a atividade em outro lugar, de tal forma que o Tamanho do Mercado seria tão insignificante que todo o exercício perderia o sentido para a CVM. A CVM não receberia impostos, então toda a atividade teria que ser financiada por multas, teria altos Custos de Implantação, e altos Esforços de Fiscalização, mas uma vez multiplicados por um mercado praticamente inexistente, ganharia muito pouco. Além disso, a CVM não teria Benefício Inovação e Benefício Integridade, o que, novamente, seria um impedimento para que cumprisse seu dever de apoiar a inovação.

## CONCLUSÃO

Estudos sobre os efeitos da regulamentação sobre *security tokens* são realmente muito escassos, o que faz sentido, já que as criptomoedas

existem há apenas cerca de 15 anos. No entanto, algumas descobertas relevantes foram feitas, que confirmam alguns pressupostos fundamentais que a teoria econômica já havia concebido, como a ideia geral de que a nova regulamentação sobre ativos digitais – particularmente no caso da regulamentação sobre *security tokens* – é geralmente percebida negativamente pelo mercado, especialmente em termos de retornos, preços e volume de negociação.

Demonstrou-se que há falta de unidade na compreensão do próprio conceito de ativos digitais, bem como na concepção de um tratamento ideal para tais ativos, com ambientes regulatórios variando amplamente entre (i) nenhuma regulamentação, (ii) regulamentação intrincada e complexa e (ii) proibições definitivas de ativos digitais. Esforços internacionais têm ocorrido para tentar definir novos termos, como ativos digitais, ativos virtuais e criptomoedas. Esses termos, como se pode depreender dos exemplos deste artigo, são usados de forma intercambiável na literatura acadêmica e nas regulamentações de diferentes países.

Os EUA diferenciam os ativos digitais das criptomoedas, possuindo uma variedade de instituições que regulam esses ativos de acordo com suas particularidades. Tanto os EUA quanto o Brasil trabalham com a noção de *security tokens* e aplicarão o *Howey Test* para identificar quais ativos digitais estão sob a CVM ou sob a jurisdição da CVM. Pode-se dizer que os Estados Unidos possuem um marco regulatório mais maduro em relação aos ativos digitais do que o Brasil, embora ambos insistam em utilizar definições funcionais em vez de definições formais, o que gera ambiguidade e falha na clareza das regras, pois é difícil ter certeza se um determinado ativo digital pode ou não ser considerado um valor mobiliário.

A tokenização de ativos é uma inovação recente no mundo dos ativos digitais, tendo sido concebida no mercado imobiliário e posteriormente absorvida pelo mercado de capitais. A CVM tem se mostrado muito interessada nessa ideia, permitindo que Investidores Privados a experimentem em um *sandbox* regulatório. Há empreendimentos bem-sucedidos de *players* privados nessa instância, com a dispensa de alguns requisitos problemáticos, como relatórios trimestrais e a criação de conselhos, o que permite que mais inovações venham à tona.

Assumidas como verdadeiras uma série de condições e premissas pré-estabelecidas, o exercício de teoria dos jogos mostrou que a melhor estratégia para os *players* privados, é cumprir a regulação da CVM, principalmente por causa de uma recompensa de incentivo criada pela própria CVM especificamente para esse fim. Para a CVM, a estratégia dominante é aplicar Regulação Branda, que proporcionaria Benefício Inovação e Benefício Integridade igualmente, Tamanho do Mercado alto, e Custos de Implantação e Esforços de Fiscalização mais baixos.

Diante de todas as informações reunidas neste trabalho sobre a regulamentação dos ativos digitais, especialmente no que diz respeito aos *security tokens*, desde a revisão da literatura até a definição dos termos, e análise da regulamentação e exercício da teoria dos jogos, chegou-se à conclusão de que, embora seja impossível fornecer uma estratégia definitiva para regulamentar *security tokens* no Brasil, certamente é possível fornecer uma recomendação sobre como lidar com alguns dos aspectos mais importantes da regulamentação.

Estudos mostram que a regulamentação percebida como sendo capaz de fornecer liquidez aos ativos digitais é percebida positivamente pelo mercado, portanto iniciativas como o *sandbox* regulatório devem ser incentivadas na jurisdição. As regras AML e KYC são, obviamente, muito importantes para o desenvolvimento do mercado, uma vez que irão garantir a proteção dos Investidores Privados e por isso não devem ser negligenciadas.

A crítica às definições funcionais é relevante, pois é sabido, no mercado de ativos digitais, que a incerteza quanto à definição de ativos digitais como *security tokens* no Howey Test é prejudicial ao desenvolvimento do mercado, simplesmente porque alguns investidores não estão dispostos a correr o risco de terem seus ativos considerados como Valores Mobiliários sob a jurisdição da CVM. Com isso, o Brasil deveria dedicar esforços à definição de *security tokens*, idealmente inovando na criação de definições formais, talvez até regulamentando com essa definição em mente, já que a ideia de contratos de investimento é muito antiga para um ativo tão inovador como o token de segurança. Isso traria mais segurança ao mercado, talvez até convidando Investidores Privados de outras jurisdições a colocarem capital no país.

Quanto às conclusões a respeito do exercício da teoria dos jogos, parece claro que deve existir alguma recompensa para aqueles que cumprem integralmente as normas da jurisdição, talvez na forma de multas ou impostos mais baixos. A Regulação Branda deve prevalecer, como mostra o jogo, que agora está sendo realizado pelo *sandbox* regulatório, mas deve ser mantida, pelo menos em parte, para diminuir os custos de transação e permitir o crescimento da inovação.

Espera-se o desenvolvimento de mais trabalhos sobre o tema abordado neste artigo sob a ótica dos estudos em Direito Econômico. Incentivo os interessados a enriquecerem os argumentos aqui contidos, seja atualizando este trabalho ou replicando-o em outras jurisdições.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei No. 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília:

Presidência da República. 1976. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6385.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm). Acessado em 18 de janeiro, 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Parecer de Orientação CVM nº 32, de 30 de setembro 2005. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2005a. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare032.html>. Acessado em 18 de janeiro, 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Parecer de Orientação CVM nº 33, de 30 de setembro de 2005. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2005b. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare033.html>. Acessado em 18 de janeiro, 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM nº 461, de 23 de outubro de 2007, revogada pela Resolução 135/22. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2007. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst461.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM nº 476, de 16 de janeiro de 2009, revogada pela Resolução 160/22. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2009. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst476.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19957.007994/2018-51 – Reg. Col. nº 1309/2019. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2020a. Disponível em: [https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609\\_PAS\\_CVM\\_SEI\\_19957\\_007994\\_2018\\_51\\_voto\\_diretor\\_gustavo\\_gonzalez.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2020/20200609_PAS_CVM_SEI_19957_007994_2018_51_voto_diretor_gustavo_gonzalez.pdf). Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Perguntas e respostas: Moedas virtuais. 2020b. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq\\_moedasvirtuais](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_moedasvirtuais). Acessado em 25 de outubro de 2020.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 29, de 11 de maio de 2021. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2021a. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol029.html>. Acessado em 18 de janeiro, 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4401 de 2021*. Dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

(Código Penal), e as Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições. Brasília: Presidência da República. 2021b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151264>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Deliberação CVM nº 875, de 30 de setembro de 2021. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2021c. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0800/deli875.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 33, de 19 de setembro de 2021. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2021d. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol033.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 31, de 19 de maio de 2021, com alterações introduzidas pela Resolução 174/22. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2021e. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol031.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.478/2022 de 21 de dezembro de 2022*. Diário Oficial da União. Seção 1, Brasília, DF, n. 240, p. 3, 2022a.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Parecer de Orientação CVM Nº 40, 11 de outubro de 2022. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2022b. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 88, de 27 de abril de 2022, com as alterações introduzidas pela resolução CVM nº 158, de 28 de junho de 2022. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2022c. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol088.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 80, de 29 de março de 2022 com as alterações introduzidas pelas resoluções CVM nºs 59/21, 162/22, 168/22 e 173/22. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2022d. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol080.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRASIL. *Ministério da Economia*. Comissão de Valores Mobiliários. Resolução CVM nº 86, de 31 de março de 2022. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários. 2022e. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol086.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

BRUMMER, Chris; YADAV, Yesha. *Fintech and the innovation trilemma*. Georgetown Law Journal, v. 107, p. 235-288, 2018.

BURTET, Tiago; TRINDADE, Manoel G. N.; VECCHIO, Fabrizio B. *Considerações quanto à possibilidade da tokenização da propriedade imobiliária e dos negócios imobiliários no Brasil*: ficção ou realidade? Revista de Direito Notarial, v. 3, n. 2, 2021.

CHOKOR, Ahmad; ALFIERI, Elise. Long and short-term impacts of regulation in the cryptocurrency market. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 81, p. 157-173, 2021.

COINMARKETCAP. *Top 100 Criptomoedas por Capitalização de Mercado*. 2020. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/pt-br/>. Acessado em 22 de janeiro de 2023.

DE GEEST, Gerrit. Any normative policy analysis not based on Kaldor–Hicks efficiency violates scholarly transparency norms. In: HATZIS, Aristides & Mercuso, Nicholas (ed.) *Law and Economics – Philosophical Issues and Fundamental Questions*. Routledge, 2015. p. 183-202.

GUSEVA, Yullya. The SEC, Digital Assets, and Game Theory. *Journal of Corporation Law*, v. 46, p. 629, 2020.

PRAVDIUK, Marc. International experience of cryptocurrency regulation. *Norwegian Journal of Development of the International Science*, n. 53-2, p. 31-37, 2021.

REUTERS. *FTX customers file class action to lay claim to dwindling assets*. 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/ftx-customers-file-class-action-lay-claim-dwindling-assets-2022-12-28/>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

SHANAEV, Savva; SHARMA, Satish; GHIMIRE, Binam & SHUREVA, Arina. Taming the blockchain beast? *Regulatory implications for the cryptocurrency Market*. *Research in International Business and Finance*, v. 51, p. 101080, 2020.

SILVA, Elcelina C. & DA SILVA, Miguel M. *Research contributions and challenges in DLT-based cryptocurrency regulation: a systematic mapping study*. *Journal of Banking and Financial Technology*, v. 6, p. 63-82, 2022.

THE NEW YORK TIMES. *China's Cryptocurrency Plan Has a Powerful Partner: Big Brother*. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/10/18/technology/china-cryptocurrency-facebook-libra.html>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

TRINDADE, Manoel G. N. & VEIRA, Márcio S. Criptoativos: conceito, classificação, regulação jurídica no Brasil e ponderações a partir do prisma da Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica Luso-Brazileira*, Ano, v. 6, p. 867-928, 2020.

U.S. SUPREME COURT. *Securities and Exchange Commission v. Howey Co.* SEC v. W. J. Howey Co., 328 U.S. 293. 1946. Washington D.C.: U.S. Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/>. Acessado em 18 de janeiro de 2023.

YALAMAN, Gamze Ö. & YILDIRIM, Hakan Cryptocurrency and tax regulation: Global challenges for tax administration. In: *Blockchain economics and financial market innovation*. Springer, Cham, 2019. p. 407-422.





RECEBIDO EM: 20/04/2022

APROVADO EM: 10/04/2023

# A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

## *THE WEIGHTING OF FUNDAMENTAL RIGHTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC*

*Ana Maria Muniz dos Santos Rocha<sup>1</sup>*

*Bruno Marques Ribeiro<sup>2</sup>*

*Lilian Mara Silva<sup>3</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conceito e características dos direitos fundamentais. 2. A covid-19 e suas principais implicações na sociedade globalizada. 3. A ponderação dos direitos fundamentais durante a pandemia. 4. Teoria aplicada ao caso concreto. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-Graduada em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e Comunicação (ESAMC).

<sup>2</sup> Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela UFU. Pós-graduada em Administração Pública pela Universidade federal de Uberlândia.

**RESUMO:** O presente trabalho, com base em pesquisas bibliográficas e documentais, busca esclarecer dogmaticamente sobre a ponderação dos direitos fundamentais durante a pandemia de covid-19. O objetivo geral é compreender o equilíbrio entre os direitos fundamentais nas relações particulares durante o contexto pandêmico. Fez-se necessário abordar o contexto histórico dos direitos fundamentais, bem como o conceito dos direitos fundamentais, o contexto brasileiro dos direitos fundamentais e ainda suas principais características. Nesse parâmetro, todas as abordagens foram realizadas para chegar na questão das interferências recíprocas entre os direitos fundamentais. Tal discussão já vinha sendo debatida no meio acadêmico e, certamente, foi intensificada durante a pandemia instigando essa pesquisa. Ao final, para enriquecer toda a discussão proposta, houve apontamentos sobre duas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas antes e durante o contexto pandêmico para demonstrar como os tribunais têm se comportado frente a esta temática. A pesquisa foi realizada com base no método dedutivo, buscando abordar primeiramente os direitos fundamentais enquanto premissa geral, para posteriormente adentrar na premissa específica da ponderação desses direitos nas relações particulares. Ao final da pesquisa a conclusão que se chegou é que: os conflitos entre direitos fundamentais devem ser solucionados com cautela, pois se tratam de direitos com alta relevância e que impõe limites entre si. A interrelação entre os direitos fundamentais foi essencial no enfrentamento à covid-19, pois as liberdades foram restringidas em prol de um bem maior: a saúde da coletividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Características. Ponderação. Covid-19.

**ABSTRACT:** This essay, based on bibliographic and documentary research, seeks to clarify the weighting of fundamental rights during the covid-19 pandemic. The general objective is to understand the balance between fundamental rights in particular relationships within the context of the pandemic. To that end, the concept of fundamental rights, the history of fundamental rights and the Brazilian context of fundamental rights and their main characteristics is examined. In addressing the subject we arrive at the issue of reciprocal interference between fundamental rights. This was an issue that was already being debated in the academic world but which was significantly intensified as a result of the pandemic. To complement the discussion, there are notes on two decisions of the Federal Supreme Court handed down before and during the pandemic, with the objective of demonstrating how the courts have behaved towards this issue. The research was carried out based on the deductive method, seeking first to

approach fundamental rights as a general premise, and then looking at the weighting of these rights in private relationships. At the end of the research, the conclusion reached is that the conflict between fundamental rights must be resolved with caution, as they are very relevant and impose limits on each other. The interrelationship between fundamental rights was essential in the fight against covid-19, as freedoms were restricted in favor of a greater good: the health of the community.

**KEYWORDS:** Constitutional Right. Fundamental Rights. Characteristics. Weighting. Covid-19.

## INTRODUÇÃO

A sociedade está sempre em constantes mutações, e a pandemia de covid-19 é a prova de que mudanças acontecem por diversos fatores, neste caso por um vírus que obrigou o mundo a recalcular sua rota. Neste contexto, o direito com seu viés regulamentador das relações humanas, e, enquanto solucionador de conflitos decorrentes dessas relações, revelou-se uma ferramenta fundamental para o combate à pandemia. Afinal o arcabouço legislativo não estava preparado para uma mudança tão repentina, e, num primeiro momento, os tribunais – principalmente, o Supremo Tribunal Federal – tiveram que dar conta de medidas que pudessem assegurar os direitos da população.

A grande questão que se põe é que a interpretação das normas (princípios e regras que consagram os direitos fundamentais) é feita pelos operadores do direito (juristas, advogados, promotores, etc.), e estes fazem suas interpretações sem desvincular-se dos seus pontos de referência. E talvez essa seja uma justificativa plausível para tantos debates no mundo jurídico e tantas decisões contraditórias em diferentes tribunais.

Os debates travados acerca dos direitos fundamentais ao longo do tempo se mostraram saudáveis na medida em que possibilitaram a evolução do direito sem que haja necessidade de alteração da legislação. As interpretações modernas possibilitaram que os direitos fundamentais, que eram considerados meros escudos, se transformassem em atores principais em todas as relações (públicas e privadas).

No cenário pandêmico, foi muito importante essa evolução, pois ela influenciou no modo como a sociedade encarou a covid-19, ou seja, os direitos fundamentais não eram mais só uma obrigação do Estado e sim de toda uma coletividade, que baseada na solidariedade precisou exercitar a empatia. Ou seja, refletir sobre o fato de que o exercício inconsequente de suas liberdades poderia resultar em perda de várias vidas – reforçando

a teoria dos limites recíprocos entre os direitos fundamentais que vinha se consolidando no Brasil.

## 1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da proposta de pesquisa, primeiramente é necessário reforçar o fato de que há sempre discussões e divergências de pensamento (e isso não é exclusivo da ciência jurídica), conforme o teólogo e escritor Boff (2014, p. 09) “todo ponto de vista é a vista de um ponto”. Cada operador do direito ao olhar para uma nova situação fática/jurídica, uma nova lei ou uma nova teoria irá fazer uma interpretação, que levará em conta suas vivências jurídicas e seus estudos acerca do tema. Esse fato não pode ser ignorado, pois as normas jurídicas em sentido estrito<sup>4</sup> são frutos da interpretação de regras ou princípios (normas jurídicas em sentido amplo<sup>5</sup>) que estão positivadas em um dado país. Por tais pensamento é possível, de início, pensar que o conflito entre os direitos fundamentais – antes e durante o contexto pandêmico – podem ter interpretações mais ou menos intervencionistas, pois deve-se se levar em consideração o momento histórico. Afinal, antes da pandemia a ideia era de um Estado com intervenções mínimas na vida privada, todavia no contexto da pandemia foi necessário que o Estado intervisse com muita intensidade (inclusive com medidas de distanciamento social) para organizar a população de maneira que o direito à vida fosse preservado.

Sobre os direitos fundamentais não se pode olvidar que há todo um contexto histórico por traz das constituições. A positivação dos direitos na constituição é relevante, pois esta é considerada a norma fundamental do país. Toda essa contextualização é muito importante para o entendimento dos direitos fundamentais. Segundo as lições de Canotilho (1993):

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. (CANOTILHO, 1993, p. 145)

4 As normas jurídicas em sentido estrito aqui são utilizadas de acordo com as lições de Aurora Tomazini. Uma norma jurídica em sentido estrito é aquela aplicada mediante uma hipótese que vai implicar em um resultado, que só é possível mensurar mediante o caso concreto. Em suas palavras “significações construídas a partir dos enunciados postos pelo legislador, estruturadas na forma hipotético-condicional” (CARVALHO, A. 2009, p. 215).

5 Normas jurídicas em sentido amplo também é utilizada de acordo com Aurora. Em suas palavras normas em sentido amplo são “unidades do sistema do direito positivo, ainda que não expressem uma mensagem deontica completa” (CARVALHO, A. 2009, p. 215).

Sarlet (2019, p. 393) reconhece em seus escritos a importância da história dos direitos fundamentais não só pela evolução que eles tiveram, mas também para a hermenêutica que se deve fazer quando se trata de direito fundamentais. De acordo com o autor, os direitos do homem fazem parte de uma pré-história dos direitos fundamentais, que vai se concretizar no fenômeno da constitucionalização.

Por outro lado, de acordo com Barcelos (2018, p. 212), os direitos fundamentais são aqueles direitos que muitos chamam de direitos naturais do homem, em sua visão eles já seriam direitos adquiridos e apenas foram consagrados/reconhecidos pelo Estado.

No entanto, dizer que os direitos fundamentais são preexistentes não é o melhor vocabulário, pois esse entendimento esbarra numa das questões elementares dos direitos fundamentais trazidos por Sarlet (2019) e Canotilho (1993) no sentido de que os direitos fundamentais são frutos de uma luta histórica, de revoluções, de conquistas alcançadas pelos antepassados. Ou seja, eles não preexistiam pelo contrário foram conquistados. Não se pode ignorar os movimentos que ganharam forças no século XVIII e as revoluções do terceiro estado frente aos governos monárquicos e absolutistas, pois nesses movimentos o embate consistia em uma sociedade progressista que almejava ideais de liberdade frente à estrutura decadente e, que não se sustentava mais, a chamada monarquia. Logo, dizer que os direitos fundamentais eram preexistentes e coube apenas aos Estados consagrarem-nos é ignorar que há um contexto histórico que explicam o seu surgimento e sua fundamentalidade.

Segundo Silva (2014) os “direitos fundamentais do homem” são compostos pelos princípios basilares a um ordenamento. Ainda segundo o doutrinador, os direitos fundamentais são aqueles sem os quais a pessoa não cumpre seus objetivos de vida, não se adapta e talvez nem sequer sobreviva. Tais direitos além de serem reconhecidos e positivados, devem, principalmente, produzir a eficácia que deles se espera. Em suas palavras:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2014, p. 180, grifo do autor)

Sarlet (2019, p. 411 a 413) define os direitos fundamentais como “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados” e chama a atenção para existência (simultânea) de fundamentalidade formal e fundamentalidade material. Formal no sentido de gozarem de supremacia hierárquica sobre os demais

direitos, por fazerem parte das chamadas cláusulas pétreas (art. 60 da CF/88) e por se aplicarem ao direito público e ao direito privado, esse último com as devidas ponderações. E a fundamentalidade material no sentido de seu conteúdo e abrangência mostra-se de grande relevância para determinado Estado, e, consequentemente, para a população deste Estado.

Assim os direitos fundamentais, são aqueles que constituem o propósito e os ideais de um Estado, que estão reconhecidos e prescritos em sua maioria na Constituição<sup>6</sup>, visando garantir aos cidadãos direitos sem os quais não se pode ter uma vida com dignidade, com liberdade e igualdade. Tais direitos precisam ser efetivos e eficazes, garantindo a concretude de outros tantos direitos que sejam a eles correlatos. Os direitos fundamentais são a bússola que vai guiar o sistema jurídico como um todo, então é preciso dar-lhes máxima efetividade.

Convém dizer que, embora os direitos fundamentais estejam inter-relacionados com os direitos do homem e com os direitos humanos, não se deve confundir tais expressões e também não há incompatibilidade entre elas. De acordo com os entendimentos de Canotilho (1993) e Mazzuoli (2014) os direitos do homem são tidos como os direitos naturais do homem, os direitos humanos são aqueles que estão positivados no âmbito internacional (nas convenções e acordos internacionais) e por fim os direitos fundamentais são aqueles que estão positivados nas constituições de cada Estado.

No Brasil, os direitos fundamentais foram positivados pela Constituição Federal de 1988. Não é demais salientar que, a constituição de um país significa muito para o seu povo, pois traz em seu bojo uma gama de direitos e deveres que representam a base e valores daquela sociedade. Para a população brasileira há um gosto ainda mais especial dado ao contexto histórico em que a constituição foi promulgada: após 21 anos de ditadura e totalitarismo (tempos obscuros, horrendos e de muito sofrimento para a nação brasileira).

Assim a Carta Magna, como também é chamada, representou grandes avanços. Nota-se um especial cuidado do constituinte para que os direitos fundamentais nela estabelecidos fossem eficazes e efetivos (ou pelo menos não restringíveis). Isto explica o porquê dos direitos e garantias fundamentais serem cláusulas pétreas, garantindo que estes não sejam reduzidos/suprimidos e que as pessoas tenham pelo menos a possibilidade de, sempre que necessário, exercê-los em sua plenitude.

O referido cuidado, não deve ser interpretado como cuidado em demasia, pois todos os direitos fundamentais são resultados de muita luta, de batalhas, de enfiamentos e muito debate para que atualmente se estivesse no estágio em que se encontram. Alguém teve que se sacrificar para que eles

6 Como a própria CF/88 determinou que o rol de direitos e garantias fundamentais é um rol exemplificativo, significa que ela admite a possibilidade de existirem direitos e garantias fundamentais em legislação infraconstitucional ou mesmo legislações internacionais (BRASIL, 1988).

fossem reconhecidos e valorizados. E, atualmente, têm-se grupos de lutas e resistência, que fazem o melhor que podem para que as próximas gerações possam gozar de muitos direitos que são diariamente atacados.

Importante mencionar que nos termos do art. 5º, § 1º, da CF/88 “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que significa dizer que desde o momento que a CF/88 entrou em vigor, tais normas deveriam produzir seus efeitos. Não se pode esquecer, que mesmo nos casos dos direitos que necessitam de norma integradora (eficácia limitada), quando se tratarem de direitos e garantias fundamentais a aplicabilidade é imediata.

Ainda no intuito de alcançar o melhor entendimento dos direitos fundamentais torna-se relevante para esta pesquisa destacar algumas características dos direitos fundamentais, quais sejam: historicidade; universalidade, relatividade, inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade.

De acordo com Silva (2014), a historicidade nada mais é do que os fatos históricos<sup>7</sup> enquanto componentes de um certo tempo que influenciaram na criação, desenvolvimento e aprimoramento dos direitos fundamentais, ou seja, o caminho percorrido pelos direitos fundamentais (desde os primórdios até os tempos atuais). Com isso, claramente está refutada a tese jusnaturalista que elenca os direitos fundamentais como aqueles naturais do homem, que desde sempre existiram. Ignorar as questões históricas é uma aberração, principalmente considerando que as arguições dos idealistas e dos realistas (analisadas em conjunto) parecem fazer maior sentido. Para os realistas, os direitos fundamentais são resultados de grandes batalhas logo, há sempre um contexto histórico por trás deles. Nesse sentido, as batalhas surgem de um propósito, portanto, frutos de ideais e objetivos de uma sociedade (tese dos idealistas), que desenvolverá estudos, teses e argumentações a fim de que se reconheçam o seu caráter fundamental. Desta forma, as teses se completam e dão maior relevância à característica histórica dos direitos fundamentais. Segundo Araújo e Nunes Jr. (2001, p. 77), o ponto principal da evolução histórica dos direitos fundamentais é a busca incessante pela dignidade da pessoa humana. Nas suas palavras “a ideia de direitos fundamentais tem um forte sentido de acúmulo histórico de direitos relativos à dignidade humana, que constituíram produto de um quadro evolutivo patrocinado pelos movimentos humanistas que pautaram a história do mundo”.

Por estarem intimamente ligados a dignidade humana, os direitos fundamentais possuem o atributo da universalidade, isto significa dizer que são aplicáveis a todos os seres humanos sem distinção de cor, raça, classe

7 “São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;” (SILVA, J. A. 2014, p. 183).



social ou qualquer outra característica pessoal. O caráter *erga omnes* que lhes são aplicáveis torna inconcebível qualquer ideia separatista. Conforme Ferreira Filho (2012), os direitos fundamentais, dado sua evolução histórica, teria um caráter tão superior que nem mesmo o constituinte dos direitos fundamentais teria a capacidade de alterá-los<sup>8</sup>.

Outra característica que promove relevante discussão é o caráter não absoluto ou também denominado de caráter relativo dos direitos fundamentais. Apesar de toda relevância eles podem ser relativizados a depender da situação, algumas até previstas pelo próprio ordenamento jurídico, como por exemplo: a previsão do art. 5º, inc. XLVII, alínea a – que relativiza o direito a vida com a previsão de morte em caso de guerra declarada. Para Moraes (2014), a limitação dos direitos fundamentais poderá ser encontrada no próprio texto constitucional, dada a existência de inúmeros direitos previsto na carta magna, principalmente levando em consideração que em algum momento estes direitos podem conflitar entre si<sup>9</sup>. Ainda sobre a relativização dos direitos fundamentais Agra (2018), que prefere usar a expressão direitos humanos, trata da limitação por meio da interferência recíproca<sup>10</sup>, pois em alguns momentos um ou mais direitos podem ser alvos de antinomias constitucionais. Ou ainda, pelo fato de poderem ser regulamentados por leis infraconstitucionais. Assim, os direitos fundamentais não são ilimitados uma vez que, se necessário, poderão sofrer limitações trazidas na própria legislação ou em decisões proferidas pelos tribunais. Não obstante, a limitação poderá ser do próprio indivíduo que se propõe a limitar-se voluntariamente em prol de algum objetivo, um exemplo é o limite de liberdade de expressão por cláusulas de sigilo de informações profissionais.

Na obra de Silva (2014), outra atribuição importante elencada aos direitos fundamentais é a inalienabilidade que se caracteriza por serem direitos que não possuem natureza patrimonial dos quais o indivíduo

8 “Sem dúvida, a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média (FERREIRA FILHO, M. G. 2012, pp. 1282-1283).

9 “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.” (MORAES, A. D. 2014, pp. 30-31).

10 “Ao contrário do que muitos imaginam, os direitos humanos não são absolutos. Existe a possibilidade de serem regulamentados por leis infraconstitucionais, como também possuem âmbitos de incidência conexos, fatos esses que frequentemente propiciam uma colisão entre eles. Para evitar que a mencionada antinomia normativa se transforme em uma antinomia fática, recorre-se a alguns princípios como o da proporcionalidade ou concordância prática com a finalidade de delimitar a incidência de cada um. Conclui-se que os direitos humanos são relativos em virtude de serem limitados por outras prerrogativas, restringindo-se uns aos outros em uma interferência recíproca.” (AGRA, W. M. 2018, p. 196).

possa deles dispor totalmente. Se o poder constituinte deu a todos direitos fundamentais conclui-se que todos precisam de tais direitos. Portanto, não devem desfazer-se deles, visto que sobre tais direitos não caberá qualquer ato de disposição total dos mesmos, como por exemplo celebrar um contrato que deixe o indivíduo totalmente sem liberdade de expressão. Em razão da autonomia privada, há atos entre particulares (ex.: contratos) que podem limitar o direito fundamental por um período de tempo, mas se restringe ao âmbito desse ato em específico (e isso pode se dar em razão de interesses econômicos). Porém, jamais os atos da vida privada podem substancialmente dispor da totalidade dos direitos fundamentais visto que eles são inalienáveis. Noutras palavras, os direitos fundamentais não suportam imposições que tornem difícil sua aplicação ou inviabilizem sua eficácia, estas imposições não podem ser feitas nem mesmo pelo titular do direito.

Também é característico dos direitos fundamentais a imprescritibilidade, o que significa dizer que independente do lapso temporal entre a sua inserção no mundo jurídico (no ano de 1988) e a sua efetiva utilização, todos os cidadãos poderão exercê-lo. O instituto da prescrição não se aplica aos direitos fundamentais; lembrando que a prescrição é a perda do direito de exigir o cumprimento de alguma prestação. A imprescritibilidade se observa tanto para a exigência da eficácia vertical quanto para a eficácia horizontal.

E, por fim, a irrenunciabilidade, na qual todos são portadores dos direitos fundamentais, todos possuem a faculdade de exercê-lo ou não e, por conseguinte, jamais será permitido atos de renúncia aos direitos fundamentais. Não é possível um cidadão simplesmente dizer que não quer ter o direito a saúde porque esse direito é inerente a ele e isso não o obsta de não o exercer. Portanto, o que se tem é a faculdade jurídica de exercício, e, por outro lado, a vedação à renúncia, porque claramente o não exercício é muito diferente do instituto da renúncia.

Também é importantíssimo destacar a relação dos direitos fundamentais previstos no art. 5º e seu caráter não taxativo, também conhecido pela expressão *numerus apertus*. A própria constituição tratou de declarar que o art. 5º constitui um rol exemplificativo, pois os direitos positivados em seu âmbito não afastam a incidência de outros direitos previstos em outros regimes (como por exemplo, direitos previstos em tratados e acordos internacionais, ou mesmo direitos fundamentais novos que possam surgir ao longo do tempo). Conforme Alexandrino e Paulo (2016), os direitos fundamentais, por possuírem conceitos abertos, fenômeno também conhecido como princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, possibilita que ao longo do tempo sejam inseridos novos direitos. É possível vislumbrar, por exemplo, inserções de novos direitos fundamentais expressos em tratados firmados após o início de vigência da CF/88, tratados dos quais o Brasil

seja signatário.<sup>11</sup> Assim, apesar do título II, capítulo I da CF/88 ser bastante extenso, não se pode dizer que os direitos fundamentais são *numerus clausus*, não se trata de uma previsão exaustiva de direitos fundamentais. Apenas para exemplificar, cita-se os direitos processuais que podem estar previstos em outra parte da própria constituição ou em lei infraconstitucional.

## 2. A COVID-19 E SUAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Primeiramente, é preciso pontuar a alta transmissibilidade do vírus Covid-19 que se propaga instantaneamente mediante um simples contato. Conforme estudos realizados pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz (2021), sabe-se que a transmissão ocorre mediante secreções contaminadas, como gotículas de saliva, espirro, tosse e catarro. Deve-se evitar o contato pessoal próximo, como o toque ou aperto de mão, e o toque em objetos ou superfícies contaminados, seguido de contato com a boca, o nariz ou os olhos.

Neste cenário, o distanciamento social<sup>12</sup> tornou-se a única medida eficaz para o controle da doença (enquanto isso a ciência corria contra o tempo na busca de um imunizante capaz de induzir a criação de anticorpos que protegessem a vida em casos de contaminações). Buscando dar legalidade às medidas de distanciamento e de isolamento, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020 para dispor acerca da importância da quarentena e da restrição das aglomerações adotando métodos de controle de fluxos e limitando a trafegabilidade das pessoas.

Todavia, a legislação mencionada no parágrafo anterior conflita com o direito à liberdade de ir e vir – sendo este um direito fundamental estampado em nossa Constituição Federal. Assim, com a eclosão da pandemia da covid-19 tem-se um cenário perfeito para estudo da ponderação dos direitos fundamentais, uma vez que se têm dois bens constitucionalmente protegidos conflitantes: o direito à vida (nele compreendido o direito à saúde) e a liberdade de ir e vir. A covid-19 trouxe um momento de intensa reflexão acerca da liberdade das quais as pessoas dispõem, ou pensam que dispõem.

11 “Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2º do art. 5º da CF/1988, nos termos seguintes: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. 2016, p. 97).

12 Conforme a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2020) o termo correto para “a diminuição de interação entre pessoas de uma comunidade para diminuir a velocidade de transmissão do vírus” é o distanciamento social, trata-se de uma estratégia eficaz quando se sabe que há pessoas contaminadas, mas ainda não foi possível determinar quem são essas pessoas para colocá-las em isolamento social. Nesse sentido, o isolamento social “é uma medida que visa separar as pessoas doentes (sintomáticos respiratórios, casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo coronavírus) das não doentes para evitar a propagação do vírus”. (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Tele Saúde - RS: Posts Coronavírus**. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/telessaunders/posts\\_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/](https://www.ufrgs.br/telessaunders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/). Acesso em: 13 de outubro de 2021.)

O objetivo do artigo não se encontra pautado em explicações científicas e epidemiológicas acerca dos danos causados pelo coronavírus. Entretanto, sob o viés da linguagem jurídica, busca-se – através da pandemia – refletir acerca do equilíbrio entre os direitos fundamentais como forma de garantir a efetiva proteção/promoção dos mesmos. Após quase dois anos de pandemia, presume-se que todos saibam os impactos trazidos pelo coronavírus, mas não é demais relembrar em breve síntese a importância dos direitos fundamentais afetados pela pandemia. Frisa-se a Covid-19 é um problema multidisciplinar, pois não se trata apenas de um problema médico, mas sim de um problema que irradia efeitos nas questões políticas, jurídicas e solidárias.

O principal direito afetado pela pandemia foi direito a vida, que está expressamente garantido em nosso ordenamento, e, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII, alínea a), não há outras formas de relativização deste direito. O constituinte foi categórico ao prever a única hipótese de relatividade do direito à vida e o fez porque a vida é o bem maior. Somente com a proteção da vida é que se pode cogitar a proteção dos demais direitos fundamentais. Como bem explicitado por Mendes e Branco (2020, p.337) “Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais”. Neste contexto a preservação do direito à vida é inquestionável.

Outro direito fundamental impactado pela pandemia é o direito fundamental à liberdade de ir e vir, que se revela como um dos principais direitos da sociedade contemporânea. Assim sendo, a liberdade de locomoção não pode ser restrita sob pena de afronta ao art. 93, IX, CF/88. Não há dúvidas sobre a fundamentabilidade do direito de ir e vir, todavia, diante da situação emergencial imposta pela covid-19 – cuja disseminação do vírus aumentava a cada dia – o sistema de saúde colapsou e muitas vidas foram perdidas em razão da ausência de leitos que pudessem lhe garantir o direito básico: a vida. Diante dessa situação pandêmica, o direito de ir e vir precisou ser flexibilizado e ganhou novas roupagens interpretativas em prol do bem estar da coletividade.

Uma reflexão muito frequente no seio da pandemia de covid-19 é sobre como resolver os conflitos entre os direitos fundamentais. Algum direito fundamental sobrepõe ao outro? É possível ponderar entre os direitos fundamentais e, numa situação jurídica concreta, verificar qual direito prevalece perante o outro? O judiciário brasileiro, tão abarrotado de processos, conseguiria dar essa resposta em tempo razoável? É preciso partir do pressuposto de que não há concorrência entre os direitos fundamentais e que tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade de ir e vir são garantias necessárias à sobrevivência. Entretanto, a pandemia mostrou que o sucesso

da proteção da humanidade frente a esse inimigo comum (o vírus) depende de um esforço coletivo, ou seja, a garantia de proteção da humanidade não pode ser tolhida ou prejudicada pelo exercício das liberdades individuais (porque tais atitudes revelam-se de um egoísmo sem precedentes).

O coronavírus provocou reflexões antes ignoradas no âmbito da maioria das ciências e antecipou algumas discussões que possivelmente aconteceria no futuro. A necessidade do distanciamento social fez com que a população evitasse todos os tipos de aglomerações (dos encontros familiares aos grandes eventos). Houve restrição do direito aos encontros coletivos e atingiu, com força máxima, todas as formas de socialização até então conhecidas e comumente utilizadas. Acelerou-se a necessidade de atitudes coletivas em prol de um objetivo comum<sup>13</sup>, no caso da pandemia a higienização dos locais individuais e coletivos tornou-se obrigatória para que se atingisse o objetivo de cessar a contaminação.

A pandemia veio carregada de sentimentos negativos, frustrantes e desesperadores, mas oportunizou a reflexão, como sintetiza Cueto (2019, p.02). Em um mundo onde diferentes escândalos competem para ocupar os meios de comunicação de massa, as enfermidades epidêmicas são uma ocasião para que a saúde pública, os cientistas e os historiadores da saúde reivindicuem em voz alta a importância de seus trabalhos. Para demonstrarem a importância da prevenção frente às enfermidades endêmicas que podem ser prevenidas e que seguem flagelando a sociedade; para desmascarar a letalidade do negacionismo científico e para a defesa solidariedade.

Diante da síntese das explicações ora apresentadas, o que está em questão: O direito a vida e a proteção da coletividade ou a garantia do direito de ir e vir? Uma discussão sobre a individualidade do direito de locomoção e a solidariedade para garantir a proteção da coletividade. Parece que o direito à vida e proteção de toda coletividade merece uma atenção especial. Isso não significa que o direito de ir e vir é menos importante ou uma garantia fundamental com menos força. Ocorre que o direito enquanto ferramenta reguladora das condutas humanas precisa estar atento ao contexto que o cerca, e, no momento de ápice pandêmico em que vidas foram perdidas, as liberdades individuais precisaram ser restringidas em prol de um bem maior. Em outro momento, quando houve ampla cobertura vacinal e foi seguro para a coletividade as restrições foram flexibilizadas (para alívio de muitos). É importantíssimo perceber esse movimento de adaptabilidade que os direitos fundamentais têm frente às diversas situações, deste modo os direitos fundamentais são sempre atuais e permitem cada vez mais que a sociedade evolua e busque sempre estar em harmonia.

13 O debate sobre a fraternidade e a solidariedade existe desde a Revolução Francesa, foi impulsionado pelas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, porém a pandemia de covid-19 elevou essa discussão ao nível global. Na sociedade contemporânea globalizada o sucesso do controle da pandemia depende do trabalho conjunto das nações para que se controle a transmissão do vírus e o surgimento de novas variantes.

E, durante a pandemia de covid-19, foi possível refletir sobre o fundamento que permeia os direitos e os deveres fundamentais. São eles que sustentam a teoria de limites recíprocos entre os direitos fundamentais (tema abordado no próximo tópico), e dentre os deveres fundamentais é importante destacar o dever de solidariedade. Essa temática não é nova no mundo jurídico e estava presente nos debates sobre as questões ambientais, porém com o advento da pandemia foi possível perceber o quanto a sociedade precisa desse ideal para atingir certas metas – principalmente porque a sociedade contemporânea é globalizada, o que significa que as ações dos países não trazem apenas reflexos internos, mas também reflexos de ordem externa. Num contexto pandêmico, não é possível obter sucesso no objetivo comum de frear a pandemia se algumas cidades promovem o distanciamento e outras não, porque tais atitudes facilitam o surgimento de novas cepas que podem ser difundidas facilmente dentro do país. Então é necessário um esforço conjunto e simultâneo das pessoas, de manter o distanciamento, de tomar todos os cuidados de higiene, de se vacinarem quando for sua vez para que se tenha controle da pandemia e se possa flexibilizar as liberdades individuais que foram restringidas.

De acordo com Mendonça (2018, p. 93), o catálogo de direitos fundamentais também traz consigo, ainda que de maneira implícita, os deveres fundamentais afinal entre eles há uma relação simbiótica (interferências recíprocas) e para todo direito naturalmente existe um dever, que pode ser de responsabilidade do Estado ou da coletividade. E, não há como falar apenas em direitos sem falar nos deveres, pois segundo Mendonça (2018, p. 95) “ao Estado não caberia apenas deveres, nem mesmo aos cidadãos seriam viabilizados apenas direitos”. Nesse sentido, não se ignora a relevância da liberdade de ir e vir, todavia, no contexto pandêmico, tal liberdade deve ser exercida com a máxima cautela, zelo e com muita responsabilidade social. O exercício inconsequente da sua liberdade de ir e vir pode resultar na perda da vida de outrem. É preciso ter ciência da responsabilidade que a população tem no combate à pandemia (que não vai acabar amanhã, os cuidados devem permanecer, mesmo após a vacinação).

O dever fundamental de solidariedade, segundo Mendonça (2018, p. 101) é decorrente da vida em sociedade, pois o homem não é um ser isolado. E essa convivência em comunidade possibilita a desenvoltura de sentimentos como a empatia que faz com que surja o entendimento de que os homens são semelhantes entre si. Ainda de acordo com Mendonça (2018, p. 101) o sentimento de empatia é que impulsiona o espírito de colaboração e cooperação para com os seus semelhantes e faz com que as pessoas saiam da posição passiva e assumam atitudes de responsabilidade fundamentadas na solidariedade. E, é baseado na solidariedade, na empatia, no sentimento coletivo ou qualquer outra nomenclatura que se queira usar, que será possível

passar por momentos tão difíceis. É compreender que suas atitudes, se estiverem em conformidade com a ciência podem salvar vidas, mas por outro lado se estiverem em desacordo podem destruir vidas (e não só daquele que se foi, mas também dos que ficaram e tem que conviver com a perda precoce de um ente querido).

Assim, é imprescindível ter conhecimento da “medida de responsabilidade geral em evitar causar danos aos outros, de modo a serem as práticas e convenções sociais os instrumentos delineadores dessa responsabilidade” (Mendonça, 2018, p. 102). Conforme Mendonça (2018, p. 104) “o senso de responsabilidade social, concebido a partir do ato de reconhecer-se no outro, conduz o indivíduo a manter sua conduta pautada no compromisso comunitário, que está ligado às obrigações recíprocas”. É fazer o correto mesmo que não tenha lei te obrigando, é se vacinar mesmo que não te exija o passaporte de vacinas, porque seu comprometimento é com a sociedade objetivando alcançar o fim comum: vencer a pandemia (preservando a vida e a saúde) e poder desfrutar do direito fundamental de ir e vir (e de outras liberdades individuais que porventura tenham sido restringidas).

### **3. A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE A PÂNDEMIA**

Sobre o conflito entre direitos fundamentais é oportuno primeiramente destacar que eles surgem decorrente da eficácia imediata e simultânea de vários direitos fundamentais. Eficácia é a capacidade de produção dos efeitos previstos na norma. Uma forma didática de entender o plano da eficácia dos direitos fundamentais é utilizar-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda para fazer um paralelo dos planos do negócio jurídico com os planos das normas fundamentais. Uma norma sobre direito fundamental é válida quando cumpre os requisitos de validade formal e material previstos na constituição – ou seja, respeitou o processo legislativo, bem como o conteúdo material dos direitos fundamentais existentes. A norma sobre direitos fundamentais é vigente (tem força para vincular as condutas humanas) quando ela ultrapassa o período de *vacatio legis* (no caso de lei infraconstitucional que não tenha estabelecido prazo diverso) ou *vacatio constitutionis* (quando a previsão for constitucional e o legislador estabelecer prazo para entrada em vigor, já que a regra é eficácia imediata). E o terceiro plano da escada pontiana trata sobre a eficácia, que é a produção dos resultados previstos na CF/88, lei ou tratados, ou seja, o direito fundamental previsto em dispositivo vigente deverá gerar os efeitos que dele se espera. No caso dos direitos fundamentais a eficácia pode ser horizontal (entre particulares) ou vertical (em relações com o Estado). Conforme Silva (2014, p. 56) “Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”.

Ocorre que, a violação dos direitos fundamentais, em tempos de pandemia, demonstrou o quanto ponderação é importante para a sociedade atingir os objetivos coletivos que almeja (principalmente baseado no fundamento da solidariedade entre as gerações). A pandemia evidenciou os conflitos entre direitos fundamentais e o quanto é importante que exista limitações recíprocas entre eles. A solidariedade e a empatia exigidas pela pandemia fazem com que a ponderação dos direitos fundamentais se tornasse muito mais relevantes do que era no passado.

Os governos do mundo todo têm tomado medidas para equilibrar os direitos fundamentais, um exemplo dessas medidas é o chamado passaporte da vacina cujo objetivo é evitar que pessoas que optaram por não se imunizar coloque em risco a vida de outras pessoas. Tal medida demonstra claramente a relevância da ponderação no contexto de pandemia, pois todos têm direito fundamental de ir e vir. Todavia, considerando as circunstâncias da covid-19 e, sendo comprovado pela ciência que a vacina é a única forma de amenizar os efeitos adversos da doença, aquele que escolhe não se vacinar poderá ter seu direito de ir e vir limitado (afinal os direitos fundamentais não são absolutos e podem ter interferências recíprocas). Ou seja, os administradores públicos estão restringindo a circulação dessas pessoas em pontos turísticos, locais fechados e etc. para não colocar em risco o restante da população. Isso faz com que as pessoas, ainda que obrigadas, respeitem os direitos fundamentais de seus semelhantes.

Ainda sobre os direitos fundamentais, conforme Sarlet (2012, p. 316):

Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental.

Nesse sentido, se durante a pandemia o direito fundamental à vida está conflitando com a liberdade de ir e vir (considerando que está comprovado pelas ciências médicas que a vacina é o único antídoto eficaz para o vírus da covid-19) não pode o legislador editar normas que não observem o devido processo legislativo (sentido formal), bem como as que flexibilizem o uso das medidas de prevenção (máscara, álcool em gel e etc.) ou mesmo permitir a entrada de pessoas não vacinadas em locais fechados sem a observância dos estudos científicos e análise dos números da doença (sentido material), pois ao fazer isso estaria o Estado negligenciado o seu dever de proteção e sua obrigação de promoção do direito fundamental à vida e à saúde. Seria uma medida desproporcional ao contexto histórico na qual está sendo aplicada.



Outra razão para o debate sobre a ponderação de direitos fundamentais está nos tipos de eficácias que estes direitos em regra produzem. Os direitos fundamentais geram eficácia vertical (produzida na relação Estado-Cidadão) e também produz eficácia horizontal (gerada no âmbito particular nas relações Cidadão-Cidadão). Ou seja, em ambas as relações de aplicam os direitos fundamentais de modo que em qualquer uma delas podem gera conflitos entre direitos fundamentais.

Atualmente há um contraponto entre a eficácia horizontal e o princípio da autonomia privada, debate este que foi acirrado durante a pandemia. Mesmo antes do momento pandêmico, já existia uma preocupação da doutrina sobre qual seria o limite da incidência dessa eficácia nas relações entre particulares para não aniquilar o princípio da autonomia privada (nele incluídos a opção de se vacinar ou não). No Brasil o professor Wilson Steinmetz dedicou-se a escrever uma obra intitulada *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais* em que ele enfrenta exatamente esse dilema entre a autonomia privada (liberdades individuais) e os direitos fundamentais de outros particulares.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas é fruto de uma interpretação vanguardista que tem ganhado força no Brasil. Segundo Agra (2018, p. 200), a discussão sobre a eficácia horizontal começou a ser internalizada por uma decisão do Tribunal Federal Alemão em que fora decidido que para os direitos fundamentais afetarem as relações privadas era necessário um aval do legislador (famoso caso Lüth). Esta abertura foi considerada um avanço, pois antes desta decisão as contendas entre particulares só poderiam ser resolvidas com base no direito privado, e após a decisão ao menos cogitava-se a utilização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sarlet (2012), em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais” sustenta que essa discussão sobre a eficácia horizontal, para muitos doutrinadores, tem suas raízes na questão da interpretação sistêmica dos direitos fundamentais e os princípios básicos do direito privado. Corolário às discussões de vários doutrinadores e juristas, eis que se têm o surgimento de três teorias que buscam explicitar melhor a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo elas: teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, e teoria da ineficácia horizontal.

Na teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, que teve como precursores Nipperdey e Leisner, os direitos fundamentais vinculavam o Estado, o que não impedia que eles fossem suscitados pelos particulares a qualquer tempo. Não obstante a permissão para que particulares o invocassem, isso seria feito sem a interferência do legislativo, afinal eles gozam de eficácia *erga omnes*. Tal teoria tem fulcro no princípio da unidade da ordem jurídica, de que o ordenamento deverá ser interpretado como um sistema, em que as leis estejam em perfeita harmonia. Por isso, o direito privado não pode ser considerado um paralelo à constituição, e sim como diplomas que fazem

parte de um sistema jurídico. Assim conforme dito anteriormente, volta-se à teoria da ponderação de Alexy, para que possa solucionar os conflitos sem menosprezar nenhum direito fundamental. Isso será possível mediante uma interpretação harmônica, sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Para Steinmetz (2004) a teoria da eficácia imediata é a melhor solução para embates entre bens constitucionalmente protegidos, como no caso do direito à vida, à saúde e à liberdade (de ir e vir) presentes no art. 5º da CF/88, pois em se tratando de um conflito constitucional (entre direitos fundamentais) deve ser resolvido com as ferramentas constitucionais. Conforme Steinmetz (2004) a Teoria dos princípios de Alexy é ideal para tentar solucionar esse embate que tem se intensificado no âmbito das relações privadas, principalmente no atual contexto pandêmico de flexibilização das regras de distanciamento social. Assim deve analisar entre os direitos fundamentais conflitantes tendo como norteador o princípio da proporcionalidade.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas também vem da Alemanha, defendida por Günter Dürig. Tal teoria diz que os direitos fundamentais poderão incidir sobre as relações privadas, todavia essa incidência se dará por meio das famosas cláusulas gerais, ou seja haverá uma mediação legislativa. Assim, o direito privado por meio das aberturas deixadas pelas cláusulas gerais, fariam a delimitação daquilo que é direito fundamental e se estes se aplicam aos particulares. Conforme Sarlet (2012), esse movimento pode ser comparado ao movimento de recepção ou não dos direitos fundamentais pelo direito privado.

A teoria da eficácia indireta se revela frágil por dois fatores: a) primeiro porque a interpretação harmônica e sistêmica dos direitos fundamentais trazida pela eficácia direta engloba o uso das cláusulas gerais, então não teria uma inovação; e b) segundo porque quanto questão da recepção ou não dos direitos fundamentais é perceptível que não há qualquer sentido, pois se os direitos fundamentais estão na constituição, que é hierarquicamente superior, aquilo que estiver nas normas inferiores que não for compatível com a Constituição Federal de 1988, foi tacitamente revogado. Logo, se há essa vinculação do direito privado ao direito constitucional, ao aplicar o direito privado teoricamente estar-se-ia aplicando a constituição, porque aquele não tem força para afastar a incidência deste.

Por fim, a teoria da ineficácia horizontal, que também é oriunda da Alemanha, vem apenas contradizer aquilo que as duas teorias anteriores apresentam. Parece mais um inconformismo com as novas tendências jurídicas. Tal teoria aponta que os direitos fundamentais são exclusivos e tão somente servem para serem direitos de defesa contra as ingerências do Estado.

Segundo Kloster (2019) tal premissa não teve muita importância visto que, o próprio tribunal alemão, passou a reconhecer em suas decisões a nova tendência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo

que alguns doutrinadores nem cogitam escrever sobre ela, porque entendem que a discussão gira em torno da eficácia ser imediata ou não, sabem que há uma eficácia horizontal, apenas divergem sobre o modo como ela será feita.

Não se pode deixar de lado as lições de Sarlet (2012), que ao decorrer de seus escritos, sempre deixa claro que apesar da relevância do direito comparado - que enriquece e muito o debate - sobre as eficácias, é preciso estar bastante atento aos limites textuais e as particularidades de cada constituição, e nunca perder de vista o fundamento de validade de qualquer interpretação que se faça, seja ela sistêmica ou não.<sup>14</sup>

De acordo com Salert (2012) e com Steinmetz (2004) a teoria adotada no Brasil é a da eficácia direta, pois os direitos fundamentais são direitos *prima facie*. Todavia ambos, alertam sobre a relatividade desta premissa, pois a questão das eficácias deve ser entendida como “mandados de otimização”, cuja observância da proporcionalidade no caso concreto faz-se necessária, uma vez que não está diante de uma batalha do “tudo ou nada”.

Chama-se a atenção para a leitura feita por Sarlet (2012) sobre o fato da doutrina brasileira não se fazer tão preocupada com a dicotomia de eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais. Primeiramente porque a constituição diz que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, e segundo que a observância aos direitos fundamentais se trata de uma interpretação sistêmica, buscando consonância com a constituição e mais procurando dar efetividade aos direitos fundamentais, assim não há que se falar em demasia ou insuficiência desses direitos.

Ao adotar a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas pode-se fazê-la recorrendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando sempre uma ponderação entre os direitos fundamentais violados. Além disso, se evitará uma exegese baseada na literalidade de modo a alcançar a máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Por todo arcabouço apresentado nesta pesquisa este parece ser o melhor caminho.

#### 4. TEORIA APLICADA AO CASO CONCRETO

Ante o debate proposto sobre a ponderação entre o direito à saúde e a liberdade de locomoção, faz-se necessário abordar questões de ordem prática ocorridas antes e durante o contexto pandêmico, para vislumbrar melhor a aplicação de tais ensinamentos, e como a pandemia influenciou os tribunais na interpretação da eficácia dos direitos fundamentais.

14 “Importante é, considerando apenas os exemplos citados, que as peculiaridades de cada ordem constitucional concreta e os seus respectivos limites textuais sejam suficientemente considerados para efeitos também do debate ora travado, que não pode dispensar um olhar sobre o direito comparado.” (SARLET, I. W. 2012).

Uma das mais famosas decisões, antes do contexto pandêmico, e que não poderia ficar fora de análise é o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 201.819-8<sup>15</sup> que reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abordando sua incidência nas relações privadas.

O recurso extraordinário versava sobre exclusão de sócio da União Brasileira dos Compositores, sem o devido respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Logo de início, os eméritos julgadores refutaram a aplicabilidade da eficácia horizontal apenas nas relações entre o poder público e o particular. Rechaçada tal posição, ainda foram brilhantes em confirmar que, além da existência de eficácia vertical os direitos fundamentais também gozam de eficácia horizontal.

Vejam importante trecho do julgado:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

O trecho transcrito ilustra bem toda pesquisa realizada, e todas as teses demonstradas, principalmente a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares. Inclusive reforça que

---

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I- Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II- Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III- Sociedade civil sem fins lucrativos. entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. atividade de caráter público. exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. [...] A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV- Recurso extraordinário desprovido. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 201.819-8 RJ, Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DJ: 11/10/2005, Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 mai. 2019.

tal eficácia não reduz o princípio da autonomia privada. A verdade é, que a autonomia privada não pode ser exercida a bel prazer, a ponto de trazer prejuízos a outrem. Nesse sentido a mesma constituição que lhe considera um bem constitucionalmente protegido também lhe apresenta limites para seu exercício. Deste modo não há que se pensar em sobreposição entre bens constitucionalmente protegidos, mas sim na convivência harmônica entre eles.

Já durante o contexto pandêmico o Supremo Tribunal Federal foi chamado a resolver a questão da vacinação compulsória (trazida na Lei nº 13.979/2020), a adoção de medidas que indiretamente levasse a população a se vacinar (o chamado passaporte de vacinas) e a intangibilidade do corpo humano. A ação direta de inconstitucionalidade nº 6.587<sup>16</sup> se encaixa perfeitamente na presente pesquisa, porque a controvérsia gira em torno da restrição da liberdade individual e a proteção da coletividade, entre o direito à saúde da coletividade e autonomia privada em recusar-se a vacinar. Em resumo a contenda sobre a restrição do direito à liberdade de ir e vir das pessoas que optaram por não se imunizar no que diz respeito a frequentar certos locais em prol do benefício de toda coletividade. O relator da ADI, ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto diz que:

*Como se constata, a obrigatoriedade da vacinação, mencionada nos textos normativos supra, não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meios de sanções indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais. (STF, 2020, p. 15, grifo do autor)*

Em outro ponto o ministro relator destaca que:

Alcançar a imunidade de rebanho mostra-se deveras relevante, sobretudo para pessoas que, por razões de saúde, não podem ser imunizadas, dentre estas as crianças que ainda não atingiram a idade própria ou indivíduos

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais.[...] V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

cujo sistema imunológico não responde bem às vacinas. Por isso, *a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas*, acreditando que, ainda assim, serão beneficiárias da imunidade de rebanho. (STF, 2020, p. 17, Grifo do autor)

Por fim, cabe destacar que na decisão o Ministro Lewandowski reconheceu que a solidariedade constitui objetivo fundamental previsto da CF/88, e, é por essa razão que a autonomia privada não pode sobrepor ao direito à saúde dos brasileiros. De acordo com o ministro:

Aqui, vale rememorar que, *dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, listados art. 3º da Constituição, *sobressai o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover o bem de todos*. Essa é a razão pela qual se admite que o Estado, atendidos os pressupostos de segurança e eficácia das vacinas restrinja a autonomia individual das pessoas com o fito de cumprir o dever de dar concreção ao direito social à saúde, previsto no art. 196 da Lei Maior, fazendo-o por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (STF, 2020, p. 18, grifo do autor)

Por fim, ficou constatado que os direitos fundamentais produzem eficácia imediata. E tal eficácia foi evidenciada durante a pandemia na qual foi possível perceber vários exemplos de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas mais variadas relações particulares. Os tribunais não falharam em seu dever de trazer segurança jurídica à população, que já sofreu demais em decorrência do vírus da covid-19, com o vírus da propagação das *fake news* e do negacionismo, e quer harmonia e paz para galgar os objetivos de sociedade justa e solidária conforme previsto na Constituição de 1988.

## CONCLUSÃO

No que tange ao estudo realizado, inicialmente procurou-se demonstrar o conceito dos direitos fundamentais, sua inter-relação com outros conceitos, mais precisamente os direitos humanos e os direitos do homem, de modo a clarificar que apesar dos conceitos estarem relacionados não devem ser utilizados como sinônimos, pois cada um tem seu significado no mundo jurídico. Após a definição do que são direitos fundamentais, passou-se ao breve contexto histórico em que foram criados e qual a importância do olhar histórico para os direitos fundamentais. Ratifica-se a importância de ver os direitos fundamentais como oriundos de lutas e conquistas, pois essa análise

de linha do tempo permite compreender porque tais direitos atualmente são considerados direitos fundamentais.

Mais adiante, dedicou-se a análise do contexto de pandemia da covid-19 e suas implicações na sociedade contemporânea e globalizada. Além disso, pesquisou-se a celeuma sobre o direito fundamental à saúde e o direito de ir e vir, concluindo que no contexto pandêmico o primeiro prevaleceu sobre o segundo. Posteriormente, constatou-se a legalidade e a constitucionalidade das medidas de restrições impostas mediante o dever fundamental da solidariedade.

Sabendo da importância dos direitos fundamentais e de suas respectivas interferências entre si, entendeu-se que, além Teoria da Ponderação entre direitos fundamentais, a Teoria da Eficácia Horizontal também pode ser um caminho para a adoção da razoabilidade e da proporcionalidade nos conflitos entre bens fundamentais. Para isso, foram analisadas as teorias sobre a medida da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse tópico abordou a teoria da eficácia horizontal mediata, imediata e ineficácia dos direitos fundamentais todas elas advindas do direito alemão e que têm sido consagradas na jurisprudência brasileira.

O estudo permitiu concluir que em ambas teorias o resultado final é semelhante, qual seja: a interpretação e resolução de tais conflitos devem ser com base na ponderação dos direitos fundamentais conflitantes como aconteceu frequentemente na pandemia da covid-19. E conforme visto no tópico de “5 Teoria aplicada ao caso concreto” o Supremo Tribunal Federal, no seu papel do julgador tendo ponderado com responsabilidade, ou seja, os ministros não tem adotado o simples afastamento de um direito fundamental para aplicação de outro direito fundamental sem elucidar os critérios utilizados para a ponderação, de modo a não deixar dúvidas porque um direito fundamental deve (numa situação jurídica concreta) prevalecer sobre o outro, como é o caso do direito à saúde coletiva prevalecendo sobre a autonomia privada (liberdade de locomoção).

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 15ª ed. São Paulo: Método, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 12 out. 2021

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 12 out. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Editora Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CUETO, Marcos. *O Covid-19 e as epidemias da globalização*. Disponível em: [encurtador.com.br/mzGL3](http://encurtador.com.br/mzGL3). Acesso em 12 out. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Como o coronavírus é transmitido*. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/como-o-coronavirus-e-transmitido>. Acesso em 12 out. 2021.

KLOSTER, Ângelo Márcio. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Brasília: AGU. Mar. 2010. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630> . Acesso em: 13 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. *Revista de Derecho*. 2da época, Ano 14, n. 18, Montevideu, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Data de acesso 28 jul. 2019

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

*Supremo Tribunal Federal* - HC: 71373-4 RS, Relator: Marco Aurélio, DJ: 10/11/1994, STF, 1994 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 12 out. 2021.

Supremo Tribunal Federal – ADI nº 6.587 DF, Relator: Ricardo Lewandowski, DJ: 17/12/2020, STF, 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/dvGO9](http://encurtador.com.br/dvGO9). Acesso em: 13 out. 2021.

RECEBIDO EM: 12/01/2023

APROVADO EM: 21/03/2023

# REQUISITOS MATERIAIS PARA O OVERRULLING DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL E O CASO *RAMOS V. LOUISIANA*

## *MATERIAL REQUIREMENTS TO OVERRULE BINDING PRECEDENTES IN BRAZIL AND THE CASE RAMOS V. LOUISIANA*

*Denis Skorkowski<sup>1</sup>*

*José Carlos Francisco<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Causas e fundamentos do mecanismo de precedentes. 2. Mudança na cultura jurídica brasileira. 3. *Ratio decidendi*: parâmetro elementar do mecanismo. 4. Significado e requisitos materiais para o *overruling* no Brasil. 5. *Overruling* no sistema jurídico norte-americano: Case *Ramos v. Louisiana*. Conclusão. Referências.

1 Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Judicial dos Servidores do Tribunal de Justiça (SP) - EJUST

2 Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**RESUMO:** Tendo como problema de pesquisa a identificação dos requisitos materiais para a realização do *overruling* (compreendido como superação, modificação, revisão ou cancelamento de precedente obrigatório anteriormente firmado de modo formal por instâncias judiciais competentes), este estudo parte da afirmação de que essa técnica pode ser empregada se constatada uma das seguintes circunstâncias: a) revogação (derrogação ou ab-rogação) no texto normativo que amparou o precedente; b) erro, contradição, omissão ou obscuridade na elaboração do precedente (*intra* e *inter* decisões); c) modificação informal na compreensão do texto normativo considerado no precedente; e d) construção do precedente sob premissa jurídica ou social equivocada. A comprovação da hipótese é feita com referências normativas nacionais, com bibliografia brasileira e estrangeira e também com a análise do caso *Ramos v. Louisiana*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 20/04/2020, no qual a técnica do *overruling* foi revisitada e aplicada. O método de investigação é o indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Overruling*. Precedentes Obrigatórios. Requisitos Materiais. Caso *Ramos v. Louisiana*. Suprema Corte Americana.

**ABSTRACT:** Having as a research problem an identification of the material requirements to overruled a binding precedent (understood as overcoming, modification, or cancellation of a mandatory precedent previously and formally signed by competent judicial bodies), this study confirms that this judicial technique can be used under the following circumstances: a) revocation (derogation or abrogation) of the rule that supports the precedent; b) decision error, omission or obscurity during the elaboration of the precedent (*intra* and *inter* decision); c) informal modification of the understanding around the rule considered to reveal the precedent; and d) construction of the precedent under a wrong legal or social premise. The proof of the hypothesis is made with national and foreign normative references, and also with the analysis of the case of *Ramos v. Louisiana*, decided by the United States Supreme Court, on 04/20/2020, in which the overruling technique was revisited and applied. The investigation method is inductive.

**KEYWORDS:** *Overruling*. Binding Precedents. Material Requirements; Case of *Ramos v. Louisiana*. United States Supreme Court.

## INTRODUÇÃO

A fase ainda inicial do mecanismo de precedentes no Brasil tem trazido desafios naturais de compreensão e de implementação de seus componentes, para o que a experiência americana é importante referência pelo grau alcançado com a prática no tempo.

O problema principal desta pesquisa é a identificação dos requisitos para a realização do *overruling*, compreendido como superação, modificação, revisão ou cancelamento de precedente obrigatório anteriormente firmado de modo formal por instâncias judiciais competentes. O recorte temático deste estudo compreende a identificação dos requisitos materiais para o *overruling* (ou seja, “o que” permite realizá-lo), não compreendendo seus elementos formais ou procedimentais (tais como competência e instrumentos processuais, embora referidos circunstancialmente no desenvolvimento do texto).

A hipótese apresentada é a de que o *overruling* pode ser feito se constatada uma das seguintes circunstâncias: a) revogação (derrogação ou ab-rogação) no texto normativo que amparou o precedente; b) erro, contradição, omissão ou obscuridade na elaboração do precedente (*intra* e *inter* decisões); c) modificação informal na compreensão do texto normativo considerado no precedente; e d) construção do precedente sob premissa jurídica ou social equivocada. Apontamos, ainda, a possibilidade de precedente transitório com causa explícita e objetiva de *overruling* associada a seu conteúdo exaurível.

Este estudo mostra que a realização do *overruling* deve ter como primeiro passo a definição segura do conteúdo obrigatório do precedente, o que coincide com sua *ratio decidendi* (resultante da combinação entre tema controvertido delimitado, fundamentos jurídicos que predominaram no julgamento colegiado e tese conclusiva). A *ratio decidendi* é o parâmetro comparativo para a verificação da necessidade de superação, modificação, revisão ou cancelamento em vista de casos concretos futuros.

Para a comprovação de sua hipótese, este estudo utiliza referências normativas nacionais e bibliografia brasileira e estrangeira, além também da experiência jurisprudencial americana do caso *Ramos v. Louisiana*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 20/04/2020, no qual a técnica do *overruling* foi revisitada e aplicada. A constatação da legislação e doutrinas nacionais estarem substancialmente em conformidade com a experiência americana (embora em estágios de desenvolvimento distintos) dá respaldo às conclusões da pesquisa.

O estudo começa com a apresentação das causas e fundamentos que justificaram a implantação do sistema de precedentes no Brasil e os desafios que essa mudança proporciona na cultura jurídica brasileira em razão do aumento da área de intersecção entre *Civil Law* e *Common Law*. Tendo a *ratio*

*decidendi* como parâmetro de identificação do precedente, indicamos os requisitos materiais para o *overruling* no Brasil (e elementos correlatos), para então tratarmos do Case *Ramos v. Louisiana*, do qual extraímos a hipótese de pesquisa.

O método de investigação é o indutivo, com técnicas documentais, servindo-se de atos normativos, documentos, bibliografia (nacional e estrangeira) e jurisprudência americana.

## 1. CAUSAS E FUNDAMENTOS DO MECANISMO DE PRECEDENTES

Nas últimas três décadas, o funcionamento do Poder Judiciário tem sido substancialmente criticado em razão da morosidade na prestação jurisdicional, do custo econômico global expressivo de seu funcionamento e em razão de decisões contraditórias em casos repetitivos.<sup>3</sup> A garantia fundamental de amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição) tem sido sistematicamente revisitada e aperfeiçoada com novos fluxos e ritos processuais, técnicas de gestão, mecanismos eficientes para a solução de controvérsias repetitivas (que versam sobre direitos individuais homogêneos) e ferramentas eficazes para a execução de títulos (judiciais e extrajudiciais).<sup>4</sup>

Pesquisas empíricas e elementos de jurimetria passaram a orientar o aprimoramento da gestão das instituições judiciárias, em macro e micro dimensões.<sup>5</sup> Quanto às reformas processuais, foram fortalecidas as ações coletivas e o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos, que passaram a ter decisões vinculantes (especialmente com as Emendas Constitucionais nº 03/1993 e nº 45/2004, essa última também introduzindo súmulas vinculantes e a duração razoável do processo como garantia a direitos fundamentais), e os pilares do mecanismo de precedentes foram lançados por leis ordinárias (p. ex., Lei nº 11.232/2005 e Lei nº 11.417/2006) e por regimentos internos de tribunais extremos.

Em seu sentido amplo, o mecanismo de precedentes abrange múltiplas medidas de verticalização, abstratização, unicidade e eficiência da prestação jurisdicional (incluindo súmulas vinculantes e ações de controle concentrado de constitucionalidade), mas em sentido estrito compreende um microsistema próprio para a solução de controvérsia sobre matéria de direito previamente

3 Há tempos esses problemas são identificados, com expressiva produção bibliográfica que ilustramos, por todos, BENETI (1999), LEWANDOWSKI (2000) e SADEK (2004).

4 Porque o recorte temático deste estudo cuida do *overruling* no sistema de precedentes dentro da dinâmica do processo judicial, o desenvolvimento da argumentação está focado no Poder Judiciário. Contudo, paralelamente novas portas extrajudiciais de solução de conflito têm surgido e vêm sendo constantemente aprimoradas, afirmando o complexo sistema (público e privado) de acesso ao direito.

5 O Conselho Nacional de Justiça publica, anualmente, o Relatório Justiça em Números, disponível em seu site, com dados quantitativos e qualitativos do funcionamento de todo o Poder Judiciário brasileiro, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, importantes para o macro gerenciamento do Poder Judiciário e também para a micro gestão aplicada por cada magistrado em sua unidade judiciária.

delimitada, com fixação de tese conclusiva obrigatória para todos os casos equivalentes.<sup>6</sup>

Além de preceitos constitucionais que dão amparo indireto (art. 5º. LXXVIII, do art. 102, do art. 103 e do art. 103-A, todos da ordem de 1988), várias regras do CPC/2015 justificam a obrigatoriedade de precedentes para todas as instâncias judiciárias (art. 932 e art. 1.030), protegidos por reclamações (art. 988), retratações (art. 1.041), impugnações ao cumprimento de sentença (art. 525) e ações rescisórias (art. 966), sempre em favor da celeridade e da unidade da prestação jurisdicional.<sup>7</sup> O art. 926 do CPC/2015 impôs regras operacionais para o direito precedental visando à estabilidade, à integridade e à coerência, e o art. 927 da mesma lei processual indica os precedentes a serem obedecidos por juízes e por tribunais.

## 2. MUDANÇA NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Há desafios culturais na implantação do mecanismo de precedentes, porque importa na agregação de maior peso ou valor na tarefa de interpretação feita por instituições judiciárias em um modelo até então dominado pela ideia de legislações e demais atos normativos positivados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Embora o sistema de *Civil Law* ainda seja predominante no Brasil, o mecanismo de precedentes amplia a área de interseção com a *Common Law* até então existente basicamente na forma de súmulas persuasivas e de jurisprudências indicativas, de tal modo que decisões judiciais obrigatórias passaram a integrar o ordenamento jurídico por também serem abstratas, impessoais, imperativas, inovadoras e genéricas.<sup>8 9</sup> A ordem constitucional de 1988 (com suas emendas) e regramentos infraconstitucionais modificaram a tradicional dogmática e a dedução como método de decisão judicial para o caso concreto, em favor da valorização da teoria dos precedentes (PEIXOTO, 2018, p. 133-136), de modo que há um novo modelo dogmático (NUNES; HORTA, 2015, p. 292).

Segundo MITIDIERO (2018, p. 73-74), o Direito no Brasil estava concentrado na legislação, cuja aplicação para os casos concretos seria feita com a colaboração de um *juge inanimé* que declarava a norma preexistente contida em

6 Havia abstratização na antiga representação de constitucionalidade – prevista desde a Emenda Constitucional nº 16/1965 e mantida na Carta de 1967 – e também pelo controle abstrato feito por Plenos ou por Órgãos Especiais de Tribunais ordinários nos moldes do art. 97 da Constituição de 1988, mas foram as Emenda nº 03/1993 (seguida pela Lei nº 9.868/1999 e pela Lei nº 9.882/1999) e a Emenda nº 45/2004 que deram impulso às decisões vinculantes no Brasil (até então dependentes do Senado Federal, nos moldes do art. 52, X, da Constituição de 1988). Sobre o tema, AMARAL JÚNIOR (2012) e LEAL (2006). Incluímos as Súmulas Vinculantes neste estudo porque os requisitos materiais de *overruling* são os mesmos dos precedentes, notadamente com inspiração americana. Aliás, sob uma perspectiva legal, as Súmulas Vinculantes estão compreendidas no conceito de “precedente” (art. 927, inciso II, do CPC/2015).

7 Sobre o sistema de precedentes, BARREIROS (2015, p. 183-214), CRAMER (2016), FRANCO (2015, p. 521-534), MACÊDO (2015, p. 459-490), MITIDIERO (2018), MONNERAT (2012, p. 341-490) e WAMBIER (2012, p. 11-96).

8 Sobre o ponto, MARINONI (2009).

9 O Enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que “A expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes” (PEIXOTO, 2019, p. 65-67).

preceitos normativos (mesmo quando o texto legal não era suficiente), pois a tarefa judicial estava ligada a extrair da legislação a resposta para o problema do caso concreto, de tal modo que a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade foram conceitos normalmente pensados tendo como referencial exclusivamente a legislação produzida pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Para TAVARES (2009, p. 23), há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre *Civil Law* e *Common Law*, porque o padrão codificado (caso brasileiro) trabalha com o pensamento abstrato e dedutivo baseado essencialmente na lei, estabelecendo premissas (normativas) e elaborando conclusões por processos lógicos (de modo que firma normas gerais organizadoras), mas o padrão jurisprudencial (caso norte-americano, que, em parte, inspira institutos no Direito brasileiro desde a Primeira República) obedece a um raciocínio mais concreto e preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado), centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*) e nitidamente judicialista.

O trabalho judicial para a solução do caso concreto é feito pelo método dedutivo, mas a construção de precedentes obrigatórios utiliza o método indutivo. Essa mudança cultural não é simples nem fácil, porque, além do desconhecido, a adoção desse mecanismo enfrenta resistências do antigo e da insegurança diante do novo (marcado pelo dinamismo socioeconômico da realidade contemporânea). E estamos na fase inicial de compreensão e de implementação dos componentes desse novo mecanismo, o que exige também novas rotinas, treinamento de profissionais e vias de interlocução com diálogo *intra* e *inter* institucionais.

### **3. *RATIO DECIDENDI*: PARÂMETRO ELEMENTAR DO MECANISMO**

O mecanismo de precedentes é novo no Brasil, de modo que há muitos problemas a serem compreendidos e solucionados, tarefa que vem sendo realizada com acertos e erros em pouco mais de uma década.<sup>10</sup> Para além de fragilidades teóricas, a dificuldade repercute em dados de ordem dogmática, incluindo a “ementocracia” e a “excessiva abstrativização da súmula vinculante” (BARREIROS, 2015, p. 199).

Segundo STRÄTZ (2017, p. 299), um precedente deve ser construído gradativamente com a confrontação entre os aspectos fáticos do caso a ser julgado e os que levam à formulação do precedente, de modo que não se trata de subsunção do fato a uma norma geral apontada em enunciado sumular com pretensões totalizantes para esgotar a diversidade do fenômeno

<sup>10</sup> Sobre divergências em aspectos essenciais do mecanismo de precedentes em teses, FRANCISCO (2021, p. 50-76).

jurídico por meio de textos legais e de aprisionar o sentido destes mediante recursos gramaticais.

Embora o mecanismo de precedentes crie comando normativo para ser utilizado em futuros casos, seu procedimento hermenêutico não é exatamente o mesmo empregado para a Constituição, leis, decretos e demais atos normativos convencionais na Civil Law. Trabalhar com precedentes exige imersão argumentativa, com o devido manejo de contraposições jurídico-processuais, para o que o aplicador deve identificar os motivos determinantes que, à época, culminaram com a decisão judicial, para, depois, aferir a similaridade fático-jurídica com o caso presente.

Em linhas gerais, a vinculação ou obrigatoriedade está nos “fundamentos determinantes” da decisão pronunciada no mecanismo de precedentes (art. 489, §1º, V, art. 979, §2º, e demais aplicáveis do CPC/2015). Logo, obrigatoria é a *ratio decidendi* compreendida pela combinação entre: a) controvérsia expressamente instaurada (que correspondente ao tema delimitado da questão jurídica posta em discussão); b) fundamentos jurídicos que prevaleceram no julgamento pelo órgão colegiado (excluindo pronunciamentos vencidos, *obiter dictum* e também aqueles que não decorram da controvérsia); e c) tese formulada no tema debatido. Portando, o processo hermenêutico dos precedentes não é o mesmo dos atos legislativos ou regulamentares, para os quais a *mens legis* impera em detrimento da *mens legislatoris*, ainda que considerados métodos interpretativos como o teleológico.

O mecanismo de precedentes depende de votos de julgadores em colegiados que permitam a clara compreensão de seus fundamentos, principalmente para que seja possível a identificação da *ratio decidendi* em face da qual o órgão julgador formou maioria. CRAMER (2016, p. 134-136) aponta três finalidades para a motivação: viabilizar a integridade e a coerência da jurisprudência; permitir que a sociedade exerça o controle sobre as razões que levaram o Judiciário a construir a norma (diferentemente da sucinta justificativa do legislador); e assegurar a identificação e a aplicação do precedente a casos futuros.

Somente com a segura compreensão da *ratio decidendi* é que se torna possível reproduzi-la em futuros casos *sub judice*, tarefa que envolve a dinâmica do tempo e traz ínsita a possibilidade do *overruling*, cujos requisitos materiais são objeto deste estudo.

#### **4. SIGNIFICADO E REQUISITOS MATERIAIS PARA O OVERRULING NO BRASIL**

A partir da conformação normativa brasileira e de estudos doutrinários nacionais e estrangeiros, o conceito de *overruling* corresponde à superação, modificação, revisão ou cancelamento de precedente obrigatório



anteriormente firmado de modo formal por instâncias judiciárias competentes. Pela linguagem do direito positivo, “revisão ou cancelamento” (art. 103-A, da Constituição, introduzido pela Emenda nº 45/2004), “superação”, “modificação” e “revisão” (art. 489, §1º, VI, art. 927, §4º, art. 947, §1º, art. 985, II, e art. 986, todos do CPC/2015) gravitam em torno do significado de *overruling* e são usados como sinônimos neste estudo, muito embora existam controvérsias sobre significados próprios de vários termos jurídicos ligados ao mecanismo de precedentes.<sup>11</sup>

O art. 103-A da Constituição (introduzido pela Emenda nº 45/2004) confia ao E. STF a tarefa de aprovar, de revisar e de cancelar enunciados sobre a validade, a interpretação e a eficácia de preceitos normativos que causem controvérsias com grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.<sup>12</sup> A Lei nº 11.417/2006 indica hipótese para a realização do *overruling* ao dispor, em seu art. 5º, que revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o E. STF (de ofício ou por provocação), procederá à sua revisão ou cancelamento; essa lei também aponta regras procedimentais e, em seu art. 10, determina a observância subsidiária de regras regimentais.<sup>13</sup>

No CPC/2015, seu art. 489, §1º, VI, afirma que não está fundamentada qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. No mesmo sentido está a previsão do art. 927, §4º, do mesmo CPC/2015, segundo o qual a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Tanto o art. 489, §1º, VI, quanto o art. 927, §4º, ambos do CPC/2015, referem-se à necessidade de justificação judicial, mas, assim como outros preceitos dessa lei processual geral, não indicam quais critérios materiais devem ser observados para realizar o *overruling*.

Já o art. 5º da Lei nº 11.417/2006 prevê que, revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de súmula vinculante, será feita sua revisão ou cancelamento, conforme o caso. O uso concomitante de duas palavras leva à conclusão do *overruling* ser possível na “revogação” (feita por ato

11 Reconhecemos discussões sobre a diferença entre *overruling*, *overriding* (revogação, restrição ou distinção parcial), *hiring off* (desvinculação do precedente), *anticipatory overruling* (tribunal ordinário se antecipa à provável superação a ser feita por tribunal extremo), *written* ou *unwritten overruling* (escrito ou não escrito), *transformation* (reconstrução do precedente por novos pesos dados a fundamentos jurídicos) e o *signaling* (indicação de iminente *overruling*). A esse respeito, por todos, MARINONI (2016). Contudo, não nos detivemos na delimitação dessas distinções porque estudamos os requisitos materiais para a realização da superação, da modificação, da revisão e do cancelamento de precedentes, que acreditamos serem comuns na linguagem normativa brasileira.

12 A respeito das súmulas vinculantes, TAVARES (2009).

13 O Regimento Interno do Pretório Excelso trata de procedimentos pertinentes à súmula vinculante, mas não indica hipóteses que levem à revisão.

normativo posterior que formalmente derroga ou ab-roga preceito normativo anterior), e na “modificação” (que assume significado de alteração informal da compreensão de um mesmo texto normativo).

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 (versão anterior do CPC/2015, que tramitou na Câmara dos Deputados), no Capítulo XV do Título I do Livro I, art. 521, §7º, ia pelo mesmo caminho trilhado pela atual legislação processual porque apontava requisitos justificadores para a superação de entendimento sedimentado: a) revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese; ou b) alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.<sup>14</sup>

A nosso ver, quanto ao elemento material, o *overruling* pode ser feito se constatada uma das seguintes circunstâncias: a) revogação (derrogação ou ab-rogação) no texto normativo que amparou o precedente;<sup>15</sup> b) erro, contradição, omissão ou obscuridade na elaboração do precedente, tanto *intra* decisão quanto *inter* outras teses, súmulas vinculantes e demais pronunciamentos judiciais obrigatórios; c) modificação informal na compreensão do texto normativo considerado no precedente, em vista de transformações de valores, ideias e demais concepções provocadas pela dinâmica do processo socioeconômico;<sup>16</sup> e d) construção do precedente sob premissa jurídica ou social equivocada.<sup>17</sup> E, assim como os preceitos normativos positivados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, o precedente pode ser permanente (regra geral) ou transitório (voltado para uma situação específica e extraordinária), quando então há uma causa explícita e objetiva de *overruling* associada a seu conteúdo exaurível.

O conjunto de precedentes deve ter consistência com o sistema normativo e ser congruente com a realidade, objetivos que traduzem a importância jurídica e socioeconômica do mecanismo de precedentes, sobretudo porque a realidade contemporânea é notoriamente complexa e veloz, na qual o novo é rapidamente substituído pelo mais novo.<sup>18</sup> Contudo, o uso do *overruling* não pode ser banalizado, daí porque o motivo que o

14 Nesse caso, “modificação” tem significado de alteração formal e informal. MACÊDO (2015, p. 471-472) critica a versão legislativa atual em comparação àquela da Câmara dos Deputados, e afirma: “As modificações enfraqueceram sobremaneira a implantação do *stare decisis* brasileiro, que agora volta a depender de um forte esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial.”

15 Os Enunciados 322 (“A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”) e 324 (“Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”), ambos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, afirmam que a mudança normativa expressa é causa para a superação, embora alguns autores não classifiquem essa circunstância como *overruling* porque se trata de aspecto externo ao precedente (p. ex., PEIXOTO, 2019, p. 656/657).

16 Sobre modos informais de alteração do conteúdo normativo, FERRAZ (1986) e PEDRA (2016).

17 FOGAÇA; FOGAÇA (2015, p. 526-527) afirmam que a necessidade de revogação do precedente se dá por sua formação equivocada, ou porque não mais se coaduna com o Direito, em razão de mudanças sociais, alteração do quadro fático-normativo, criação de novas tecnologias, dentre outros motivos.

18 Sobre a velocidade das mudanças na modernidade líquida, BAUMAN (1998 e 2001), e sobre a insegurança na sociedade de risco, BECK (2001 e 2008).

justifica deve ser relevante ou significativo, pois a regra geral desejável é a afirmação e a continuidade da orientação judicial obrigatória.<sup>19</sup>

Segundo FENSTERSEIFER (2016, p. 07), mais ainda do que a decisão que aplica um precedente, aquela que realiza o *distinguishing* ou o *overruling* deve apresentar todas as razões consideradas para sua conclusão. Já DUXBURY (2008, p. 111-112) afirma que, para atuarem de modo apropriado, os juízes devem apontar uma boa razão para não seguirem um precedente.<sup>20</sup> Segundo SCHAUER, não basta a simples indicação de que uma decisão anterior cometeu um erro, sob pena da inexistência da lógica do *stare decisis*.<sup>21</sup>

Portanto, inerente ao aspecto material, o *overruling* exige fundamentação por argumentação consistente, não bastando a mera indicação de textos normativos (art. 489, VI, e art. 927, §4º do CPC/2015), especialmente se alcançar apenas parte do precedente, porque a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia exigem que os destinatários do comando judicial saibam qual a extensão da superação, da modificação, da revisão ou do cancelamento (inclusive seu regular efeito *ex nunc* ou eventual modulação no tempo).<sup>22</sup> Especialmente em casos de modificação informal, essa fundamentação deve ser feita com critérios jurídicos, ponderando entre manter ou realizar o *overruling* (elemento metodológico).

Também ínsito ao requisito material, o *overruling* pressupõe transcurso de tempo entre o momento em que o precedente anterior foi feito e o instante no qual é feita sua superação, modificação, revisão ou cancelamento. Não há métrica para a configuração desse elemento temporal, mas a permanência de comandos normativos é correlata aos propósitos estabilizadores, cognitivos e prospectivos do sistema jurídico, reafirmando a exigência do *overruling* ser feito se houver razão relevante ou significativa.<sup>23</sup>

A mudança de membros na composição de tribunais extremos não é motivo suficiente para a realização do *overruling*, pois esse mecanismo se legitima pela revogação formal ou informal do texto normativo que amparou o precedente, pela constatação de ter sido elaborado por premissa jurídica ou social equivocada, ou ainda por apresentar erro, contradição, omissão ou

19 Sobre motivação para a realização do *overruling*, SKORKOWSKI (2020).

20 DUXBURY (2008, p. 111-112): “It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedents are a weak form of authority. Just as judges might be acting appropriately, so too they might be acting inappropriately, in not following a precedent: the precedent, that is, might be soundly decided and on all fours with the case at hand, so that there is good reason for a court to avoid following it.”

21 No original, SCHAUER (2009, p. 59-60): “Although courts may occasionally overrule their own previous decisions, doing so requires more than just the belief that the previous decision was in error. If that were all that were necessary, *stare decisis* would become meaningless, because it is precisely the point of *stare decisis* that a court should treat a previous decision as binding just because of its existence and not because it is perceived to be correct. If every time a court believed an earlier decision to be mistaken it could overrule that decision, then there would be no principle of *stare decisis* at all.”

22 O Enunciado 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que “Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”. (PEIXOTO, 2019, p. 634-638).

23 Em razão de este estudo tratar do elemento material para o *overruling*, tratamos também do elemento temporal e do elemento metodológico por estarem diretamente relacionados com a hipótese de pesquisa, de modo que não abordaremos os demais elementos (notadamente o formal e o pessoal).

obscuridade (*intra* ou *inter* decisões obrigatórias). Muito embora a independência e a imparcialidade sejam indispensáveis para a função jurisdicional e para o trabalho em cortes constitucionais, e mesmo reconhecendo a interpretação como construção e reconstrução contínua de significados, novos membros de tribunais extremos devem se autoconter em favor da segurança jurídica, da confiança legítima e da isonomia que escoram o mecanismo de precedentes anteriormente firmado pelo colegiado.

Para DUXBURY (2008, p. 111-112), um precedente pode inibir mesmo quando não for seguido, e qualquer pessoa familiarizada com a jurisprudência inglesa sabe que juízes às vezes não seguem uma decisão anterior, mas julgam adequado referir-se a ela ou atribuir-lhe algum significado, de modo que, embora um julgador possa afirmar explicitamente não seguir um precedente, sua existência pode levá-lo a decidir de forma diferente de como teria feito se não existisse, em vista do peso do passado e da tradição que o conteúdo do precedente representa.<sup>24</sup>

## 5. OVERRULING NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO: *CASE RAMOS V. LOUISIANA*

Embora seja conhecidamente complexa a utilização de concepções doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras, essa dificuldade deve ser relativizada em se tratando de critérios para o *overruling*, dada a tendência brasileira de ampliação da área de convergência entre os aspectos jurídicos do *Civil law* com o *Common law* (CRAMER, 2016, p. 28-33). E o tempo de amadurecimento de sistemas de precedentes estrangeiros são credenciais para a pesquisa brasileira, notadamente em se tratando dos critérios de *overruling* utilizados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Mas é certo que países de *Common law*, que lidam há tempos com o mecanismo de precedentes, têm histórico de diferentes níveis de rigidez na aplicação do *overruling*. Embora a experiência estrangeira reconheça que a superação é medida excepcional para a qual é exigida rigorosa caracterização, sua existência é necessária para que o modelo de precedentes seja bem articulado.

Na Inglaterra, o mecanismo ficou atrelado, por um bom tempo, a uma vinculação horizontal rígida, na qual a *House of Lords* (agora denominada *Supreme Court*), até 1966, trabalhou sob a premissa de que os precedentes só poderiam ser modificados em função da edição de regras específicas por parte do Parlamento (MENDES, 2013, p. 103). O cenário inglês só se

<sup>24</sup> DUXBURY (2008, p. 111-112), no original: *A precedent might inhibit, furthermore, even where it is not followed. Anyone familiar with English case law knows that judges will sometimes not follow an earlier decision but nevertheless see fit to refer to or apply it, or accord it significance in some other, similarly subtle way in the course of a judgment. Although a judge might explicitly claim not to follow, a precedent, its existence may nevertheless lead him to decide differently from how he would have done had it not existed. The precedent might remind him of the weight of the past, that he is deciding within a tradition, and the decision which he makes, though it might not accord with the precedent, might pay respect to or in some other way bear the marks of that tradition.*

alterou com o Practice Statement (de 1966) reconhecendo que a dinâmica anterior poderia levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei; permitiu-se, a partir de então, a superação de um precedente não somente por atuação do Parlamento, mas também por decisão do Judiciário, quando a prática evidenciar ser esse o caminho correto a ser adotado. Apesar disso, ainda há resistência quanto ao uso do *overruling* e, em nome da estabilidade do ordenamento jurídico, a superação só ocorreu 21 vezes entre o ano de edição do *Practice Statement* e 2009 (PEIXOTO, 2018, p. 223).<sup>25</sup>

No caso do direito norte-americano, aceita-se a possibilidade de juízes de instâncias inferiores procederem à alteração do precedente antecipando-se à provável modificação da instância superior (*antecipatory overruling*).<sup>26</sup>

EISENBERG (1991, p. 104-105) descreve o *basic overruling principle* para que um precedente seja superado no direito norte-americano: (i) se falhar substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica; e (ii) se os valores que fundamentam a estabilidade e o *stare decisis* (imparcialidade, protegendo a confiança, evitando surpresas injustas, replicabilidade e apoio) não são mais bem servidos pela manutenção de um precedente se comparada a sua superação.<sup>27</sup>

A perda da congruência social do precedente tem relação com o contexto socioeconômico e abrange questões de expectativa relativas a proposições morais, políticas, econômicas e de experiência.

Já a inconsistência sistêmica diz respeito à falta de adequação do precedente com o próprio ordenamento jurídico.

EISENBERG, ainda, aponta aspecto metodológico ao se referir à ponderação que deve ser utilizada como apoio pelo órgão julgador no caso concreto, decidindo sobre a necessidade da mudança prevalecer sobre a relevância de manter o ordenamento estável e de impor tratamento igualitário para casos semelhantes.

Essa linha de entendimento foi reafirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 20/04/2020, no caso *Ramos v. Louisiana*, ao analisar a técnica do *overruling*, tendo como pressuposto que o mecanismo de precedentes não é essencialmente estático e deve comportar medidas voltadas à dinamização do Direito.<sup>28</sup>

O tema de fundo do caso, em linhas gerais, foi o requisito da unanimidade para condenações criminais por tribunal do júri, pois, em grande

25 O Sistema jurídico inglês tem suas peculiaridades. Por todos, SLAPPER (2015).

26 No conhecido sistema difuso de controle de constitucionalidade americano, magistrado de primeiro grau de jurisdição tem competência para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo.

27 EISENBERG, 1991, p. 104-105: “A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standards of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling.”

28 SUPREME COURT OF UNITED STATES OF AMERICA (2020).

parte do processo judicial americano, a condenação depende da unanimidade dos jurados, de maneira que um único voto de absolvição é suficiente para impedir o veredito condenatório.<sup>29</sup> Todavia, Louisiana e Oregon admitiam condenações por maioria pautadas no critério “dez votos de condenação contra dois de absolvição” (10-to-2 verdicts), levando a Suprema Corte dos Estados Unidos à discussão dessa controvérsia em vista da Sexta Emenda (que garante aos cidadãos norte-americanos o direito de serem julgados por um “júri imparcial”).<sup>30</sup>

Como parte dos debates, foram trazidas decisões anteriores da mesma Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial o caso *Apodaca v. Oregon*, de 1972, quando prevaleceu o entendimento de que os custos da “unanimidade” superavam seus benefícios e, portanto, os procedimentos não convencionais relacionados ao Tribunal do Juri não seriam inconstitucionais.<sup>31</sup> O decidido no caso *Apodaca v. Oregon* não impediu a modificação do resultado do julgamento da Corte de Apelação de Louisiana e, ao final, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso *Ramos v. Louisiana*, que a unanimidade é requisito necessário para condenações criminais por júri.

Como tema de fundo, foram levantados e discutidos pelos magistrados, basicamente: a) o efetivo alcance normativo da Sexta Emenda; b) a evolução histórico-constitucional em torno dessa regra e sua projeção na incorporação da unanimidade; c) a aplicabilidade (ou não) da garantia da unanimidade em face da autonomia jurídico-normativa de Estados-Membros no federalismo norte-americano; e d) a própria inconstitucionalidade do expediente adotado pelo Estado de Louisiana.<sup>32</sup>

Quanto ao *stare decisis*, houve importante discussão sobre o caso *Apodaca v. Oregon* operar como verdadeiro precedente, por sua desarmonia com outras manifestações da Suprema Corte e por aspectos técnicos concernentes à dissidência decisória travada entre os julgadores naquela situação específica, quando então alguns julgadores rechaçaram a força precedental desse julgado.<sup>33</sup> O Juiz Neil Gorsuch, em um primeiro momento, assumiu essa premissa (no que foi acompanhado pela Juíza Ruth Bader Ginsburg e pelo Juiz

29 Evangelisto Ramos, por ter sido julgado sob a jurisdição de Louisiana, foi condenado à pena de prisão perpétua, sem que sua condenação tivesse opinião unânime dos jurados.

30 Do original: “Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.” UNITED STATES COURTS (2022).

31 SUPREME COURT OF UNITED STATES OF AMERICA (1972).

32 Este foi o enfoque de análise do Juiz Clarence Thomas (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2019, p. 53-61).

33 O julgamento contou com a participação dos seguintes magistrados: Neil Gorsuch; Ruth Bader Ginsburg; Stephen Breyer; Sonia Sotomayor; Brett Kavanaugh; Clarence Thomas; Samuel Alito; John Roberts; e Elena Kagan. Neil Gorsuch relatou o caso e apresentou a “opinião” da Corte. Houve declaração de convergência parcial por parte de Sonia Sotomayor e Brett Kavanaugh. Clarence Thomas apresentou voto convergente. E Samuel Alito foi o único a apresentar “opinião” divergente.

Stephen Breyer) para reconhecer o caráter isolado daquele entendimento (possibilidade de condenação não unânime por Tribunal de Juri) frente a diversos outros julgamentos da Suprema Corte e até mesmo de outros Estados-Membros, razão por que não seria adequado considera-lo como “precedente” (no sentido estrito e técnico da palavra), senão mera decisão isolada, sem força vinculativa.<sup>34</sup>

Samuel Alito, de outro lado, defendeu que o caso *Apodaca v. Oregon* era um precedente (inclusive porque várias condutas foram pautadas com base nele) e divergiu de seus pares, sustentando a impossibilidade de superá-lo, mormente em razão da vinculação oriunda do *stare decisis*, concluindo pela constitucionalidade e legitimidade jurídica do expediente adotado pela Corte de Apelação de Louisiana.<sup>35</sup>

Outros julgadores, em caráter argumentativo, também assumiram a força precedental da decisão lançada no caso *Apodaca v. Oregon*, notadamente para apresentar condicionantes jurídicas capazes de viabilizar a utilização do *overruling* enquanto método de superação de precedente.

Foi o que fez Neil Gorsuch, posteriormente. Afirmou que o conteúdo do *stare decisis* não é um comando inexorável que pretende a reprodução indistinta daquilo que foi decidido no passado e, embora os precedentes mereçam profundo respeito por incorporarem os pontos de vista de juízes que anteriormente analisaram a matéria, esses entendimentos devem ser revisitados (mesmo porque uma interpretação judicial equivocada da Constituição é, muitas vezes, praticamente impossível de ser corrigida por outros meios), cabendo à Suprema Corte avaliar a qualidade do raciocínio da decisão, sua consistência com decisões relacionadas, a evolução jurídica desde a decisão, e a confiança na decisão.<sup>36</sup>

Analisando a prática da Suprema Corte norte-americana, o Juiz Brett Kavanaugh identificou diversos fatores que, ao longo dos últimos anos, foram utilizados pela Corte para justificar a superação de um precedente: (i) a qualidade das razões utilizadas quando de sua formulação; (ii) a consistência

34 Isso foi tratado especificamente na Parte IV–A da decisão. Confira-se trecho do julgado nesse sentido: “... *In the final accounting, the dissent’s stare decisis arguments round to zero. We have an admittedly mistaken decision, on a constitutional issue, an outlier on the day it was decided, one that’s become lonelier with time. In arguing otherwise, the dissent must elide the reliance the American people place in their constitutionally protected liberties, overlay the competing interests of two States, count some of those interests twice, and make no small amount of new precedent all its own.* ...” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2019, p. 26)

35 Nesse sentido, expôs: “*Consider what it would mean if Apodaca was never a precedent. It would mean that the entire legal profession was fooled for the past 48 years. Believing that Apodaca was a precedent, the courts of Louisiana and Oregon tried thousands of cases under rules allowing conviction by a vote of 11 to 1 or 10 to 2, and appellate courts in those States upheld these convictions based on Apodaca.*” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2019, p. 66)

36 Do original: *Of course, the precedents of this Court warrant our deep respect as embodying the considered views of those who have come before. But stare decisis has never been treated as ‘an inexorable command’. And the doctrine is “at its weakest when we interpret the Constitution” because a mistaken judicial interpretation of that supreme law is often “practically impossible” to correct through other means. To balance these considerations, when it revisits a precedent this Court has traditionally considered “the quality of the decision’s reasoning; its consistency with related decisions; legal developments since the decision; and reliance on the decision.* (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2019, p. 24). Afirmou, ainda: *The doctrine of stare decisis does not mean, of course, that the Court should never overrule erroneous precedents...*” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2019, p. 36).

e a coerência do precedente com decisões anteriores e posteriores; (iii) as alterações legais e fáticas ocorridas desde o surgimento do precedente; (iv) a capacidade de fluidez do precedente; (v) a confiança depositada pela sociedade em torno do julgado; e (vi) o tempo decorrido desde o momento em que o precedente foi firmado (sua “idade”).

O Juiz Brett Kavanaugh afirmou que a superação de um precedente deve ser feita quando caracterizado equívoco flagrante (“*egregiously wrong*”, não sendo suficiente um simples erro decisório) ou se causar consequências jurisprudenciais negativas à sociedade, e a superação, em si, não pode culminar em frustração à legítima expectativa daqueles que, razoavelmente, pautaram suas condutas em sua aplicabilidade.

Na mesma linha, sustentando a imperiosidade (e não a mera possibilidade) de superar o precedente firmado no caso *Apodaca v. Oregon* (inclusive porque a técnica vem sendo utilizada em outros casos de menor relevância, referente à questões privatistas e de implicação meramente econômica), a Juíza Sonia Sotomayor consignou que, embora a revogação de precedentes deva ser utilizada com parcimônia, a Corte não pode se furtar de fazê-la quando necessária para corrigir erros do passado, dentre os quais o de viabilizar a privação de liberdade mediante a utilização de procedimento inconstitucional.<sup>37</sup>

Ao final do julgamento do caso *Ramos v. Louisiana*, com a superação do caso *Apodaca*, investigando as raízes históricas circundantes à questão, a Suprema Corte concluiu que o expediente que até então vinha sendo adotado por Oregon e Louisiana teria surgido da prática velada de condutas racistas impulsionadas inclusive por grupos supremacistas.<sup>38</sup> Portanto, a tese oriunda do caso *Apodaca v. Oregon* estava essencialmente equivocada, causava prejuízos jurisprudenciais extremamente negativos à sociedade e não representaria frustração à expectativa dos cidadãos, mormente diante do fato de que esses dois estados-membros são minoria em relação ao resto dos integrantes do federalismo americano.

O *overruling* aplicado no caso *Ramos v. Louisiana* dialoga com a doutrina de EISENBERG na medida em que a Suprema Corte faz a superação com amparo em precedentes flagrantemente equivocado (*egregiously wrong*), sem

37 Confira-se trecho do julgado nesse sentido: “Today, Louisiana’s and Oregon’s laws are fully—andrightly—relegated to the dustbin of history. And so, too, is *Apodaca*. While overruling precedent must be rare, this Court should not shy away from correcting its errors where the right to avoid imprisonment pursuant to unconstitutional procedures hangs in the balance.” (SUPREME COURT OF THE UNITES STATES, 2019, p. 33-34)

38 Confira-se trecho do julgado nesse sentido: “... In fact, no one before us contests any of this; courts in both Louisiana and Oregon have frankly acknowledged that race was a motivating factor in the adoption of their States’ respective nonunanimity rules. ...” (SUPREME COURT OF THE UNITES STATES, 2019, p. 5-6).



congruência social e desprovido de consistência sistêmica, notadamente pelo racismo que permeava o entendimento anterior.<sup>39</sup>

Também foi feita ponderação quanto à “identificação de consequências jurisprudenciais negativas” e à “impossibilidade de frustrar expectativas sociais legítimas”, com a conclusão pela real necessidade da superação em favor concretização de valores fundamentais como a isonomia e a segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa e da reflexão sobre as bases colhidas (atos normativos, documentos, bibliografia nacional e estrangeira, bem como jurisprudência americana), temos certo que o primeiro passo para a realização do *overruling* é a identificação clara do conteúdo obrigatório do precedente (coincidente com sua *ratio decidendi* resultante da combinação entre tema controvertido delimitado, fundamentos jurídicos que predominaram no julgamento colegiado e tese conclusiva).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não traga a descrição suficiente dos elementos materiais necessários para a realização do *overruling*, alguns dispositivos normativos – o art. 103-A, da Constituição (introduzido pela Emenda nº 45/2004), disposições do CPC/2015 (especialmente art. 489, §1º, VI, art. 927, §4º, art. 947, §1º, art. 985, II, e art. 986) e o art. 5º da Lei nº 11.417/2006 – permitem concluir que a superação, a modificação, a revisão ou o cancelamento do conteúdo obrigatório precedental é possível quando constatada uma das seguintes hipóteses: a) revogação (derrogação ou ab-rogação) no texto normativo que orientou o precedente; b) erro, contradição, omissão ou obscuridade na elaboração do precedente (tanto *intra* e quanto *inter* decisões); c) modificação informal na compreensão do conteúdo do texto normativo utilizado no precedente; e d) elaboração do precedente sob premissa jurídica ou social equivocada. Há também a peculiar possibilidade de precedente transitório (com causa de *overruling* associada à sua natureza exaurível).

Embora os precedentes sejam apresentados sem a organicidade própria de códigos e leis gerais, a *ratio decidendi* integra o ordenamento jurídico (juntamente com atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo) e deve, continuamente, ter consistência com o sistema normativo e congruência com a realidade. Mesmo em vista da complexidade e da velocidade da sociedade contemporânea, o uso do *overruling* não pode ser banalizado e, ainda que

<sup>39</sup> Essa mesma linha de entendimento foi reafirmada no julgamento DOBBS, STATE HEALTH OFFICER OF THE MISSISSIPPI DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL. v. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION ET AL., de junho de 2022 (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2023, p. 1-213). Ao rever o entendimento lançado havia décadas no caso ROE v. WADE, de 1973, o controvertido julgamento da Suprema Corte no caso DOBBS v. JACKSON merece uma análise própria, que não tem lugar neste estudo.

não exista uma métrica temporal para sua utilização, essa técnica jurídica somente deve se dar havendo motivo relevante ou significativo e mediante argumentação consistente.

A mudança de membros na composição de tribunais extremos não é motivo suficiente para a realização do *overruling*, cabendo aos novos julgadores a necessária autocontenção em favor da segurança jurídica, da confiança legítima e da isonomia traduzida na continuidade dos precedentes firmados pelo colegiado, inclusive em vista do peso do passado e da tradição que seu conteúdo representa.

Aproveitando a consolidada experiência americana e seu *basic overruling principle* (falha substancial em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, com ponderação entre manter ou superar o precedente), o caso *Ramos v. Louisiana* (julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 20/04/2020, revisitando o caso *Apodaca v. Oregon*, de 1972) indica que o conteúdo do *stare decisis* merece profundo respeito, mas pode haver superação de precedentes, tendo em conta os seguinte: a) a qualidade dos fundamentos utilizados na formulação do precedente originário; b) a consistência e a coerência do precedente com decisões anteriores e posteriores; c) alterações normativas e fáticas constatadas desde a edição do precedente; d) a capacidade de fluidez do precedente; e) a confiança legítima da sociedade em torno do julgado; e f) o tempo transcorrido entre o momento no qual o precedente foi firmado e o novo caso em que pode ser aplicado.

O fundamento racista detectado no caso *Apodaca v. Oregon* é o *egregiously wrong* que justifica o *overruling* feito no caso *Ramos v. Louisiana*.

Reconhecemos discussões sobre diferenças conceituais entre *overruling*, *overriding*, *hiving off*, *transformation* e tantas outras expressões empregadas pelo direito americano (algumas já delimitadas para conformá-las à linguagem do sistema jurídico brasileiro), mas em se tratando dos requisitos materiais para a realização da superação, da modificação, da revisão e do cancelamento de precedentes judiciais obrigatórios, concluímos pela substancial conformidade da legislação brasileira e da doutrina nacional com o entendimento aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Ramos v. Louisiana*.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 920, p. 133-149, 2012.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma

sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La société du risqué: sur la voie d'une outré modernité*. Paris: Aubier, 2001.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida*. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 2008.

BENETI, Sidnei Agostinho. A reforma do Judiciário vai melhora os processos judiciais?. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 88, p. 88-99, 1999.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Versão do CPC da Câmara dos Deputados). Disponível em: < [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4575E3D9C5E798A16FBC8C494CD451BA.proposicoesWebExterno1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4575E3D9C5E798A16FBC8C494CD451BA.proposicoesWebExterno1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em: 02 março 2022.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge [Mass], London, Harvard University Press, 1991.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e *Overruling* na aplicação do art. 489, §1.º, VI, do CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 371 – 385, Fev / 2016.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1986.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de Precedentes Judiciais Obrigatórios e a Flexibilidade do Direito no Novo Código de Processo Civil. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 509 - 533, jul./dez.2015.

FRANCISCO, José Carlos. Mutações para e pelo incompleto sistema de precedentes de teses em temas. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann. (Org.). *A Nova Constituição de 1988?*. 1ªed.: Dia da Dia Forense, 2021, v. 1, p. 50-76.

FRANCO, Marcelo Veiga. A Teoria dos Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 521-534.

INGLATERRA. *House of Lord's Practice Statement (1966)*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>. Acesso em: 20 fevereiro 2022.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reforma do Judiciário e desequilíbrio federativo. *Justiça e Poder*, São Paulo, n. 20, 2000.

MACÊDO, Lucas Buril de. *A disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jursidições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas na Democracia Participativa*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2016.

PEIXOTO, Ravi Enunciados FPPC. *Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Organizado por assunto, anotados e comentados. 2ª ed.. Salvador: Editora JusPodivm. 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Inglaterra, 2009.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n.51, p. 79-101, 2004.

SKORKOWSKI, Denis. *Segurança jurídica e Lógica de Precedentes: Motivação Judicial para Uso do “Distinguishing” e do “Overruling”*. 1. ed. São Paulo: Editora LiberArs, 2020.

SLAPPER, Gary; Kelly, David. *The English Legal System*. Sixteenth Edition: Routledge Taylor & Francis Group. London And New York, 2015.

SUPREME COURT OF THE UNITES STATES. *Opinions of The Court*. Ramos v. Louisiana. Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924\\_n6io.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf)>. Acesso em: 20 janeiro 2022.

SUPREME COURT OF THE UNITES STATES. *Dobbs v. Jackson*. Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)>. Acesso em: 19 março 2023.

SUPREME COURT OF THE UNITES STATES. *Apodaca v. Oregon*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/404/>>. Acesso em: 20 janeiro 2022.

STRÄTZ, Murilo. Precedentes vinculantes à brasileira? *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, PPGD/UFRJ, p. 272-305, julho-dezembro 2017.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006* / André Ramos Tavares. – 3. ed. – São Paulo : MÉTODO, 2009.

UNITED STATES COURTS. *Sixth Amendment Activities*. Disponível em:  
<[https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/  
educational-activities/sixth-amendment-activities](https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/educational-activities/sixth-amendment-activities)>. Acesso em: 16 janeiro 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.



RECEBIDO EM: 05/09/2022

APROVADO EM: 13/03/2023

# O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O PRINCÍPIO CONSTITUTIVO NORTEADOR DA DEMOCRACIA

*THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION:  
THE GUIDING CONSTITUTIVE PRINCIPLE OF  
DEMOCRACY*

*Júlia Santana Sales<sup>1</sup>  
Rafael Alem Mello Ferreira<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O direito à liberdade de expressão. 2. O direito à liberdade de expressão na democracia. 3. Liberdade de expressão: presença em Ronald Dworkin. Conclusão. Referência.

1 Pós-Graduação em Direito Civil pela Escola Brasileira de Direito-EBRADI. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas –FDSM e pós-graduanda em Direito da Seguridade Social - Previdenciário - Faculdade LEGALE.

2 Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM e Coordenador e professor do Curso de Direito da PUC-Minas.



**RESUMO:** O presente artigo apresenta a conceituação do princípio da liberdade de expressão e sua fundamentação constitucional, reforçando que ele representa uma das conquistas basilares neste regime político e a partir dele, outros direitos fundamentais podem ser exercidos. Apesar da sua essencialidade, a liberdade de expressão não se configura como um direito absoluto, pois quando os princípios colidem, não há hierarquia entre eles, devendo se sobrepor aquele que melhor preserve a honra e seja propulsor da dignidade da pessoa humana. Este artigo preceitua, ainda, a liberdade de expressão enquanto princípio norteador da democracia, à luz de Ronald Dworkin. A resposta possível ao questionamento desenvolvido é que a liberdade de expressão deve ser defendida, pois através dela, há a consolidação democrática, em que a tolerância a ideológicas diversas ou afrontosas, merecem ser respeitadas, opção contrária apenas nos casos que se configurarem delitos de opiniões, por causarem danos morais e/ou físicos a outrem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Expressão. Princípios. Democracia. Ronald Dworkin. Tolerância.

**ABSTRACT:** This article presents the conceptualization of the principle of freedom of expression and its constitutional foundation, reinforcing that it represents one of the basic achievements in this political regime and from it, other fundamental rights can be exercised. Despite its essentiality, freedom of expression is not an absolute right, because when principles collide, there is no hierarchy between them, and the one that best preserves honor and promotes human dignity must prevail. This article also prescribes freedom of expression as a guiding principle of democracy, in the light of Ronald Dworkin. The possible answer to the developed question is that freedom of expression must be defended, because through it, there is democratic consolidation, in which tolerance to diverse or affronts ideological, deserves to be respected, a contrary option only in cases that constitute crimes of opinions, for causing moral and/or physical damage to others.

**KEYWORDS:** Freedom of Expression. Principles. Democracy. Ronald Dworkin. Tolerance.

## INTRODUÇÃO

O tema liberdade de expressão é abrangente e está em várias pautas de debates, visto que é um assunto complexo e envolvente, além de ser essencial para a manutenção do sistema político democrático.

O anseio pelo direito à livre manifestação de pensamento é algo perene e inata ao indivíduo, pois a vontade de exprimir o seu pensar, de tornar-se sabedor da opinião de outros interlocutores é crucial para que haja uma interação comunicativa. Esta conquista começou a se materializar, após a vigência da Constituição Federal do Brasil de 1988, que institucionalizou o princípio da liberdade de expressão como um direito fundamental, garantindo às vítimas que sofreram cerceamento de ideias, recursos jurídicos para o combate às arbitrariedades por elas vivenciadas.

A concepção do direito constitucional à liberdade de expressão representa um avanço significativo para proteger e garantir a dignidade da pessoa humana, visto que não há vida digna, sem que exista a possibilidade de o cidadão expressar seus desejos e suas convicções. Essa possibilidade constitucional que permite a livre expressão do pensamento, não redime o indivíduo de responsabilização por suas declarações opinativas em quaisquer meios comunicativos, porque o direito à liberdade de expressão não é um princípio absoluto, ele pode ser refutado.

O presente artigo, sem a pretensão de ineditismo, apresenta o conceito de liberdade de expressão, sua garantia constitucional, suas peculiaridades e suas principais características, bem como seus limites e a sua relevância para o Estado democrático de Direito. Este trabalho traz, também, uma reflexão, à luz de Ronald Dworkin, sobre a liberdade de expressão enquanto princípio norteador de outros princípios e da democracia.

Objetiva-se com este estudo, discutir acerca do direito à liberdade de expressão como sendo o princípio basilar para uma democracia plena. O teor deste artigo é significativo, visto que a compreensão deste tema colabora para o fortalecimento e o alicerçamento do ideal democrático, através da formação de cidadãos críticos, que estejam aptos a defender o seu pensamento e a contrapor ideias, se necessário, que sejam pessoas ativas, dispostas a buscar uma verdadeira cidadania.

A elaboração deste trabalho é justificada pela popularidade do tema, que embora seja alvo de muitos comentários e alusões, a maioria das pessoas não têm domínio conceitual para entendê-lo, produzindo assim, debates alicerçados em ilações, ou seja, fazendo dedução de um fato sem estar diante de provas concretas, de fatos comprovados.

O direito à liberdade de expressão pode ser interpretado equivocadamente, quando se justifica excessos, através da alegação de que em uma democracia, é livre qualquer manifestação de pensamentos. Este

equivoco pode gerar uma consequência danosa a pessoas que são alvos de comentários maledicentes, o que configuraria delitos de opiniões, pode também comprometer o Estado democrático de Direito, na medida em que enfraquece as instituições governamentais, ou seja, a má interpretação do direito à liberdade de expressão é capaz de provocar prejuízos no âmbito social.

O suporte metodológico das ideias e propostas aqui sugeridas, deram-se através da pesquisa bibliográfica, utilizada como um gatilho, um ponto de partida para o desenvolvimento deste trabalho, que se valeu do conhecimento trazido pelas obras, artigos científicos, revistas acadêmicas e populares, sites eletrônicos, entre outros, para enriquecê-lo.

O direito à liberdade de expressão permite que uma comunidade, ou parte dela, possa emitir suas concepções e seus pensamentos de maneira espontânea e natural, sem que haja reprimendas e/ou proibições, ressalvados os casos em que havendo extrapolação deste direito, é cabível a responsabilização. O pensamento e a opinião sobre variados temas, expressos através da fala, da escrita e de outros meios comunicativos é uma das conquistas mais elementares da civilização.

A liberdade de expressão, portanto, é um direito fundamental que assegura legitimidade aos atos dos cidadãos, para que estes tenham uma efetiva participação no sistema democrático soberano, através da defesa de seus interesses individuais e coletivos, contribuindo para que a democracia possa, realmente funcionar, com seus representantes eleitos, exercendo a sua governabilidade, com respeito à igualdade de direitos.

## **1. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A primeira manifestação expressiva do ser humano é o choro, ao nascer. Este é celebrado de forma uníssona, como sinal de vida; porém, as demonstrações posteriores, nem sempre, são reverenciadas e jamais serão unânimes. Logo após as primeiras palavras serem exprimidas, paulatinamente, vai-se tentando moldar o que se deve, o que se pode, o que é conveniente e o que é próprio para se dizer, ou não dizer, além de estipular o ambiente em que determinada fala pode ser proferida.

Este cerceamento de ideias vai se naturalizando e acompanha as pessoas ao longo da sua existência, tolhendo-as e impedindo-as de externar seus pensamentos e convicções. Embora o indivíduo seja passivo, ou seja, às vezes é vítima desta circunstância repressiva, este mesmo indivíduo, também, pode reproduzir o que vivenciou, tornando-se assim um repressor em relação aos outros semelhantes. É um círculo vicioso que se retroalimenta, gerando ações e reações reprimidoras.

Estas reações em cadeia se refletem no comportamento coletivo, influenciando na microssociedade e na macrossociedade, determinando

o pensar e o agir de forma massificada. Para combater as situações que envolvem reprimendas e coerções, é importante que o direito à liberdade de expressão se faça presente. “A liberdade de expressão se refere a toda e qualquer possibilidade de manifestação humana acerca do que seu íntimo exprime” (PASKIN NETO, 2015, p. 59).

Exprimir-se livremente, é uma condição própria do cidadão que vive em uma sociedade democrática de direito, na qual ele tem autonomia para emitir, através da fala e/ou da escrita, seus pensamentos e suas concepções. Ser livre no expressar, é essencialmente importante também para os artistas (cantores, poetas, pintores, atores), escritores e para todas as pessoas ou mídias faladas, escritas e impressas que querem ou precisam emitir suas opiniões e/ou ideias, expressando seus ideários, sem cerceamento.

Nesse contexto, a liberdade de expressão foi um direito reconhecidamente nascido para combater a tirania e cujo homem civilizado procurou proteger. Mas antes da locução “liberdade de expressão” ganhar conceito jurídico e ontológico próprio, a definição de liberdade surge primeiro como condição inalienável do homem. Ou seja, é a gênese de todas as outras liberdades. (LIMA, 2021, “não paginado”)

Os posicionamentos de cunho ideológico, sejam eles políticos, sociais, religiosos e até mesmo financeiros podem ser questionados e até suprimidos, mas para silenciar os autores destes pensamentos, é necessário bem mais que um encarceramento, pois as ideias, depois de lançadas, têm vida própria e seu caminho influenciador se torna incontrolável, alcançando inimagináveis adeptos. A trajetória pessoal e política do líder que lutava contra o apartheid<sup>3</sup> sul-africano Nelson Mandela é representativa desta descrição, aparentemente aleatória e abstrata.

Mandela foi um dos mais notáveis líderes do movimento contra o segregacionismo negro da África do Sul ao lutar pela liberdade, pelo ideal democrático de todos viverem livres e de forma harmônica, com respeito à igualdade. Foi condenado à prisão perpétua, em 1964, por sua busca ideária pela liberdade, pelos direitos políticos, sociais e humanos. Foi libertado em 1990 depois de grande pressão internacional e proferiu este discurso conclamando o país para a pacificação (FRAZÃO, 2021):

Eu lutei contra a dominação branca e lutei contra a dominação negra.  
Eu tenho prezado pelo ideal de uma sociedade democrática e livre, na qual todas as pessoas possam viver juntas em harmonia e com iguais

3 *Apartheid* (em africâner, “segregação”) foi um regime de separação racial ocorrido na África do Sul de 1948 a 1994. O *apartheid* privilegiava a elite branca do país e excluía os negros dos espaços públicos, da educação e postos de trabalho (BEZERRA, s.d.).

oportunidades. É um ideal pelo qual eu espero viver e que eu espero alcançar. Mas caso seja necessário, é um ideal pelo qual eu estou pronto para morrer (FRAZÃO, 2021).

Assim como Nelson Mandela, personalidades como Mahatma Gandhi, Eleonor Roosevelt, Martin Luther King Jr e Malala Yousafzai, dentre outros, são símbolos na luta pelos Direitos Humanos em todo o mundo, segundo Isabela Alves (2017). Estas lutas só se fizeram possíveis, a partir do momento em que estes ativistas puderam exprimir suas convicções, através da liberdade de expressão, que por um período, lhes permitiu transmitir seus pensamentos libertários, nas suas respectivas áreas.

A liberdade de expressão promove modificações, inicialmente no pensamento e depois nas atitudes individuais, até atingir ações práticas, que culminam nas grandes mudanças sociais. A liberdade de expressão, portanto, transpassa o pensamento teórico.

O direito à liberdade de expressão é contemplado como um direito fundamental, liberal e inalienável, inerente a todos os indivíduos e que preserva as prerrogativas diante do poder do Estado. Além do mais, é uma condição essencial para que a sociedade democrática se mantenha ativa.

A livre manifestação do pensar e opinar, do escrever e falar sobre os mais variados temas, de receber e transmitir informações e ideias é uma das conquistas civilizatórias mais elementares. É, ao mesmo tempo, direito fundamental e condição de exercício de outros direitos fundamentais (MELLO, 2015, p. 15).

Sendo um direito constitutivo do princípio democrático, a liberdade de expressão ou liberdade de comunicação, deve ser protegida e defendida contra ataques de quaisquer cerceadores.

A sua garantia está registrada em diversos dispositivos legais, tais como: declarações e convenções internacionais de Direitos Humanos<sup>4</sup>, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Além destes registros, a liberdade de expressão está contida nos incisos IV, V e IX<sup>5</sup>, do artigo 5º e nos parágrafos primeiro e segundo, do artigo 220, da Constituição Federal, objetivando resguardar este direito, bem como possibilitar autonomia aos indivíduos para que usufruam das liberdades

4 Art.19. “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (Organization of American States – DUDH).

5 Art. 5º, IX. “(...) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

tuteladas pela Constituição, quais sejam as liberdades intelectuais, artísticas, científicas, de comunicação, dentre outras. Este direito representa um rol exemplificativo, visto que ele se não está limitado ao rol do qual faz parte.

A liberdade de expressão centra seu objetivo no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade dos direitos, porém ultrapassa a dimensão individual, ao alcançar a dimensão social e política.

É amplamente reconhecido que a liberdade de expressão constitui um dos direitos fundamentais mais preciosos e integra os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, em uma dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, nesse sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual (MACHADO, 2002, p. 237).

A liberdade de expressão, por isso, deve ter sua salvaguarda garantida, não apenas pelos preceitos constitucionais, mas também pelo Poder Judiciário, que tem o dever de cuidar dos direitos individuais, coletivos e sociais, de intermediar e solucionar os impasses entre os cidadãos e as instituições, ou vice-versa, além de observar os atos constitutivos do Estado que possam interferir na liberdade de expressão própria dos cidadãos e na liberdade de expressão inerente ao coletivo social e a todos os grupos nas suas respectivas demandas.

## **2. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DEMOCRACIA**

As consequências da circulação de toda e qualquer notícia e informação, por vezes, em tempo real, são impactantes para os setores da economia, da política e, também, interferem na dinâmica no âmbito social, produzindo reações benéficas, adversas e até imprevisíveis. O campo jurídico tenta absorver este impacto brusco de transformações, se readeguando e se adaptando às novas demandas, com um olhar interativo e mais prático diante das questões que lhe são apresentadas, aliando uma teoria consolidada à avidez dos temas cotidianos.

Neste contexto de mudanças, em que o cidadão consome uma gama de notícias, com uma informação se sobrepondo à outra, não há tempo para que ele se aprofunde e analise a contento o que ouve, o que lê e o que

assiste, antes de formular uma ideia conclusiva e substanciosa sobre cada uma destas matérias veiculadas nas várias mídias, visto que algumas delas podem ter sido escritas *en passant*<sup>6</sup>, sem a devida averiguação e ponderação, por parte dos seus autores, ao não se aterem à fidedignidade que deve ser própria dos veículos de comunicação.

Ao indivíduo é assegurado o direito de produzir, reproduzir e manifestar seu pensamento<sup>7</sup>, conforme a Constituição de 1988, que pode ter várias formas de expressão: visuais, artísticas, informativas, midiáticas, dentre outras. O indivíduo só não deve, e não pode externar ideias que comprometam a integridade física, moral e ética de outrem, ou emissão de pareceres infundados que ponham em dúvida a idoneidade institucional e corporativa. Não convém ao cidadão, portanto, se sentir ancorado e protegido, de forma absoluta, pelo princípio da liberdade de expressão, pois assim como outros direitos, este é parcial e restrito. “Liberdade, portanto, deve ser lida como liberdade dentro de limites, responsável, razoável ou ponderada” (PASKIN NETO, 2015, p. 33).

Sendo uma das mais elementares conquistas da sociedade civilizatória, a liberdade de expressão é um direito fundamental e uma condição para o exercício de outros direitos fundamentais.

[...] a liberdade de expressão tem justamente este viés de amparar as extensões da infinitude da alma em todas as direções. Em concreto, de defender o direito de uma pessoa ou grupo dizer o que quiser, limitando-se a um mínimo as restrições normativas (PASKIN NETO, 2015, p. 54).

Um episódio comprobatório de que a liberdade de expressão requer um mínimo de restrição normativa é o caso em que uma milícia digital é acusada de atuar contra a democracia e as instituições brasileiras, usando a estrutura do chamado “gabinete do ódio” cuja atuação, de forma combinada, se dá inclusive no próprio Palácio do Planalto e teria o objetivo de divulgar ataques e *fake news*<sup>8</sup>, nas redes sociais e demais canais de divulgação de informações, para atacar alvos previamente escolhidos, preferencialmente adversários políticos, ministros do STF, integrantes do próprio governo e dissidentes, além da imprensa tradicional, com o intuito de obter vantagens e granjear lucros, visando com isso, proveitos políticos, ideológicos e financeiros (FALCÃO; VIVAS, 2022).

6 *En passant*: De passagem; de maneira rápida; rapidamente. De modo superficial ou sem se aprofundar no assunto; vagamente, superficialmente. Etimologia (origem de *en passant*). Do francês *en passant*, de passagem.

7 Art. 5º, IV. “(...) é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

8 *Fake News*: significa “notícias falsas”. São as informações noticiosas que não representam a realidade, mas que são compartilhadas na internet como se fossem verdadeiras, principalmente através das redes sociais. Normalmente, o objetivo de uma *fake News* é criar uma polêmica em torno de uma situação ou pessoa, contribuindo para o denegrimiento da sua imagem. Por ter um teor extremamente dramático, apelativo e polêmico, as *fake News* costumam atrair muita atenção das massas, principalmente quando estas estão desprovidas de senso crítico.

A delegada Denisse Ribeiro, que atua neste inquérito policial, explica que o *modus operandi*<sup>9</sup> do grupo tem se baseado em explorar os limites entre crimes contra a honra e a liberdade de expressão. “Com isso, segundo ela, é criada uma falsa ideia de que a Constituição permite a publicação de qualquer conteúdo sem que o autor seja responsabilizado” (FALCÃO; VIVAS, 2022).

Sob essa ótica, tem sido rotineiro questionar os limites entre a prática dos chamados delitos de opinião (especialmente calúnia e difamação) e a amplitude da liberdade de expressão, gerando uma ideia de que a Constituição Federal criou uma zona franca para a produção e divulgação de qualquer conteúdo sem risco de responsabilização. Não é o que ocorre com qualquer Estado Democrático de Direito (FALCÃO; VIVAS, 2022).

Em um Estado democrático de Direito, não é concebível que o direito à liberdade de expressão se sobreponha ao direito da privacidade, da honra, da autoimagem e da proteção de pessoas vulneráveis, pois deve haver consciência individual e coletiva para com as mensagens propagadas e responsabilização pelo teor das mesmas e o que delas provier.

Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe (DWORKIN, 2019, p. 320).

Nesta concepção de individualismo ético, Dworkin considera que os indivíduos têm autonomia moral para fazer suas opções e ao fazer suas deliberações devem fazê-las referendando-se pelas escolhas morais ou políticas de forma responsável.

Ao analisar Dworkin, Simioni (2013), explica que pelo fato de o direito ser um conjunto de normas interpretativas, ao julgador é exigida a confrontação da sua moral pessoal com os princípios de moralidade política da comunidade:

Para Dworkin, o direito é uma atitude interpretativa que, inevitavelmente, faz aflorar todas as convicções de moral pessoal do julgador e que exige o confronto dessas convicções pessoais com convicções mais superiores,

<sup>9</sup> *Modus operandi*: é uma expressão em latim que significa “modo de operação”, na tradução literal para a língua portuguesa. Esta expressão determina a maneira que determinada pessoa utiliza para trabalhar ou agir, ou seja, as suas rotinas e os seus processos de realização. O *modus operandi* é bastante utilizado para caracterizar o perfil das empresas. Fala do *modus operandi* de uma instituição, por exemplo, significa designar a maneira como está realiza as suas funções. No âmbito jurídico, o *modus operandi* é aplicado para identificar o perfil dos criminosos, principalmente no que diz respeito aos assassinos em série (*serial killer*).



que são os princípios de moralidade política da comunidade. Mais superiores não em termos de hierarquia em um ordenamento jurídico positivo, mas sim superiores em termos hermenêuticos, quer dizer, superiores em termos de peso na interpretação do direito (SIMIONI, 2011, p. 7).

O significado do direito torna-se, portanto, uma questão analítica de princípios, e não apenas a literalidade na aplicação de regras, o que deve ser observado quando da aplicabilidade do direito à liberdade de expressão, ou seja, deve haver uma interpretação contextualizada, respeitando os demais princípios para que prevaleça a melhor interpretação, tendo em vista a “melhor luz”<sup>10</sup>.

Para o constitucionalista Lenio Streck o direito à liberdade de expressão é uma ideia meramente abstrata, para ele “liberdade de expressão sem crítica aos contextos, sem considerar os atingidos, como se ela pairasse acima e além da história, parece-nos um equívoco. Equívoco histórico, político e jurídico” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA, 2020).

Neta perspectiva, Streck salienta que o direito à liberdade de expressão no sentido normativo ao longo de um processo histórico, cultural e social, não se pode desprezar as inúmeras experiências e vivências de “injustiças e de violências, o que, pelo menos, liberdade e igualdade não significam” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA, 2020). Apenas em um panorama histórico é possível compreender que grupos que não expressam de maneira majoritária, representam alvos para proliferação de discursos odiosos, violentos, ou seja, liberdade de expressão deve pressupor, como todo direito, o reconhecimento mútuo da igualdade entre cidadãos e cidadãos que participam do debate público, numa democracia.

o aplicador do direito deve buscar problematizar a mensagem que sua decisão possa estar encaminhando tanto aos que proferem os discursos de ódio, quanto aos seus destinatários, sob pena de, ainda que nas entrelinhas, edificarmos simbólicas indiferenças perante grupos que, historicamente, têm sido os mais atingidos por tais discursos odiosos (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA, 2020).

Lenio apesar de ter um posicionamento divergente de Dworkin, também não coaduna com o direito de censura, diante de uma prerrogativa do direito à liberdade de expressão, para o constitucionalista deve haver a responsabilidade dos atos praticados, ou seja, pelo que foi expressado. O

10 “Melhor luz” é uma expressão usualmente empregada por Ronald Dworkin para reforçar que a análise, a interpretação e a decisão de um caso devem ser sempre as que melhor se adequem ao resultado esperado.

direito à liberdade de expressão não se pode confundir com o discurso de ódio, entre liberdade de pensamento e disseminar inverdades.

Dessa forma, portanto, deve ser garantida a liberdade de expressão em um Estado democrático de Direito, para que as manifestações do pensamento possam ser veiculadas livremente, de modo correto e comprometido, para que qualquer posicionamento apresentado seja passível de responsabilização, quando estes causarem danos a terceiros.

### 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PRESENÇA EM RONALD DWORKIN

O jusfilósofo norte-americano, Ronald Dworkin colaborou para o estudo jurídico, produzindo relevantes obras fundamentadas na teoria da moralidade política, desenvolvendo assim, uma sólida Teoria do Direito, baseada nos ideais da igualdade, liberdade, dignidade e democracia. (TITO, 2021, p. 225) “Os seus trabalhos mais recentes assumem o compromisso com a fundamentação de uma moralidade política para o direito, discutindo questões ligadas à democracia, à política e à justiça” (DWORKIN, 2008, *apud* SIMIONI, 2014, p. 323-324).

Dworkin é um autor representativo do pós-positivismo<sup>11</sup> ou pós-empiricismo, que “[...] quer dizer, uma perspectiva teórica que procura resgatar os princípios morais e os valores éticos para dentro da racionalidade do direito” (SIMIONI, 2011, p. 2).

No que diz respeito ao direito à liberdade de expressão, Dworkin permeou suas obras com este tema, discutindo-o e debatendo-o, mesmo não se dedicando exclusivamente a esta temática. (ROSA, 2014, p. 10) Para ele, a liberdade de expressão deve ser compreendida como um princípio moral e abstrato, por isso passível de ser encontrada subjetivamente em casos complexos e devendo, portanto, ser discutida. “Dworkin é claro: a forma como protegemos a liberdade de expressão é uma das instâncias pela qual operamos o próprio valor da igualdade” (GROSS, 2017, p. 53).

Isso porque, no desenvolvimento de sua teoria sobre a liberdade de expressão, Dworkin procurou trabalhar esse conceito a partir de outros relevantes pressuposto que permitem a sua existência, como os conceitos de democracia, igualdade e tolerância. Ele procurou, com isso, afastar-se de uma justificação meramente instrumental dessa liberdade, embora essa também seja importante para uma compreensão plena dos direitos relacionados à Primeira Emenda, para apresentar uma defesa da

11 Pós-positivismo: é uma perspectiva jurídica hermenêutica substantiva, que procura entender o direito como uma prática interpretativa, como uma atitude interpretativa, comprometida com princípios e convicções morais, da comunidade, que transcendem os textos legais e jurisprudenciais, e que por isso devem ser tratados como uma exigência de integridade (*integrity*) e coerência (*consistency*) (HURLEY, 2006, *apud* SIMIONI, 2014, p. 324).

autonomia da expressão e da liberdade como condições da dignidade (DWORKIN, 2019, *apud* TITO, 2021, p. 244).

Na teoria dworkiana, a liberdade de expressão é “*conditio sine qua non*”<sup>12</sup> para a democracia funcione bem, pois não compete ao Estado determinar algo como positivo ou negativo na vida dos cidadãos, visto que não é lícito o impedimento estatal para com o indivíduo que pretenda uma participação no debate público, mesmo que ele tenha convicções desagradáveis ou perigosas (DWORKIN, 2019, p. 319).

O Estado e seus “*factótums*”<sup>13</sup>, não podem, portanto, segundo Ronald Dworkin, preterir as ideias de uns, em detrimento dos pensamentos de outros cidadãos, quando da efetivação dos princípios constitutivos garantidores das liberdades individuais. “Ou seja, no momento de efetivar esses princípios, deve o Estado proceder sempre de maneira imparcial, respeitando os limites impostos contra sua atuação na esfera das liberdades individuais” (ASSAF, 2019, p. 112).

Há, no entanto, situações limítrofes em que, na práxis, a alusão à liberdade de expressão, para justificar interpretações subjetivas dúbias, concernentes a qualquer ato do qual decorra ilicitudes, a liberdade comunicativa deve ser relativizada. O que ilustra, de forma concreta, que a liberdade de expressão não é absoluta, é o recente caso em que o youtuber brasileiro de games, Bruno Aiub, mais conhecido na internet como Monark, em seu *podcast*<sup>14</sup>, no dia 07 de janeiro de 2022, durante uma entrevista com a deputada Tabata Amaral (PSB-SP) e o deputado Kim Kataguirí (DEM-SP), fez apologia ao nazismo, defendendo a existência de um partido nazista no Brasil: “Eu acho que tinha que ter um partido nazista reconhecido pela lei”, disse o apresentador do podcast. “Se o cara quiser ser um antijudeu, eu acho que ele tinha direito de ser” (ALECRIM; MOLITERNO; TORTELLA, 2020).

Após este discurso, a repercussão foi imediata, com o assunto se tornando um dos “*top trends*” (assunto mais comentado do momento) do Twitter e um dos mais acessados nas redes sociais. A polêmica se instaurou, com posicionamentos controversos sendo proferidos. As autoridades e a comunidade judaica, por exemplo repudiaram, através da Confederação Israelita do Brasil (CONIB), o Ministério Público Federal (MPF) de São Paulo afirma ter recebido representações de cidadãos sobre o caso e a Defensoria

12 A expressão latina “*Conditio sine qua non*” (condição sem a qual não) indica circunstância indispensável à validade ou à existência de um ato.

13 *Factótum*: Pessoa encarregada de todos os negócios de outrem.

14 *Podcast*: é um arquivo digital de áudio transmitido através da internet, cujo conteúdo pode ser variado, normalmente com o propósito de transmitir informações. Qualquer usuário na internet pode criar um podcast. A origem do termo podcast teria surgido a partir da junção de *iPod*, dispositivo da *Apple* de reprodução de arquivos MP3 (áudio), e *broadcast*, palavra em inglês que significa “transmissão” (de rádio). Os créditos para a criação deste conceito foram atribuídos ao ex-VJ da MTV Adam Curry (HOUASSIS, 2009, p. 1.986).

Pública da União (DPU) publicou uma nota repudiando as declarações de Monark. Já para o advogado criminalista Thiago Anastácio, configuraria crime se a ideologia política do nazismo tivesse sido enaltecida, porém cogitar sobre a criação de um partido nazista no Brasil, não é crime, inclusive, porque existe no mundo este tipo de partido político. O Partido da Causa Operária (PCO) se manifestou em prol, considerando que o apresentador apenas emitiu uma opinião.

Esta celeuma ilustra o quão tênue é o princípio da liberdade de expressão, visto que a tenuousa entre a liberalidade excessiva e o cerceamento de ideias consiste na interpretação subjetiva concedida a uma situação específica analisada: não se pode conceber que haja tolerância para uma ideiação exacerbada de discursos preconceituosos e discriminatórios que contrariam o exercício da liberdade, desrespeitando as prerrogativas democráticas do estado de direito. Por outro lado, em havendo uma restrição ostensiva, periga que menos opinião seja expressa em razão da incerteza que o autor possa se tornar alvo de reprimenda e censura.

Liberdade de expressão não é liberdade para vender arma. Não é liberdade para propagar terrorismo, para apologia ao nazismo. Não é ser um espaço para que marginais ataquem a democracia. Portanto, ninguém quer censurar plataforma alguma, mas há manifestações que não são legítimas (SOUZA, 2022).

A liberdade de expressão tem seu delimitador nas peculiaridades do contexto de cada caso, cujo deslinde está sujeito à observância das questões práticas. Esses detalhes contextuais exercem uma influência significativa ao se optar por proteger e adotar ou não um discurso. Portanto, é necessário o uso do bom senso e da razoabilidade para se encontrar equilíbrio entre a liberdade excessiva e o impedimento de posicionamentos díspares no que se refere à liberdade de expressão.

O jusfilósofo Ronald Dworkin, em sua concepção filosófica liberal igualitária, defende o fundamento do direito às liberdades (ROSA, 2014, p. 63), de forma relativa, mas “que exige justificação especial [...] ter um direito a determinada liberdade significa que o estado só pode restringi-lo se presentes determinadas circunstâncias, circunstâncias estas mais demandantes do que as normalmente necessárias a uma restrição” (ROSA, 2014, p. 63).

[...] a liberdade não é fazer qualquer coisa que se queira, pois a liberdade são direitos a liberdades. Esta defesa é forte porque, justamente ao selecionar dentre diversas condutas aquelas que devem ser protegidas, abre espaço para justificar politicamente o que há de especial nas liberdades (DWORKIN, 2001, *apud* ROSA, 2014, p. 64-65).

Tal como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão pode sofrer ressalvas quando houver embate com outros direitos essenciais, podendo advir de regulação e promulgação para permitir que os diferentes direitos fundamentais possam valer para assegurar o bem comum a todos os indivíduos. A efetivação é a regra, quando se trata da garantia da liberdade de expressão. As restrições, por representarem exceções, devem ser bem definidas e fundamentadas.

Ronald Dworkin alicerça suas obras no princípio da liberdade de expressão, resguardando o seu relativismo e como representante da teoria da autonomia individual, ele defende a liberdade de expressão como uma proteção a cada um dos cidadãos, independente do teor das suas ideias, pois no Estado Democrático de Direito há garantia, a partir das normas e dos direitos fundamentais, de uma atenção digna e indistinta a todos os cidadãos.

## CONCLUSÃO

Sublimada pela Constituição Federal como um dos princípios mais elevados, constando também em outros dispositivos, a liberdade de expressão assegura a todo indivíduo o direito à livre manifestação de seus pensamentos, de suas ideias plurais e de suas opiniões, sem temer retaliações, perseguições ou desagravos vindos de outro cidadão ou até mesmo do Estado.

Não existe hierarquia entre os princípios, ou seja, um princípio não tem primazia sobre o outro. A liberdade de expressão, por exemplo, embora seja um direito fundamental, é ponderável destacar que há limites quanto a sua observância, visto que nenhum direito fundamental é factível de ser absoluto. Quando o direito à liberdade de expressão colidir com outro direito que envolve a honra, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da privacidade, nesta confrontação entre estes direitos, um direito irá se sobrepor ao outro, ocorrendo a limitação do direito à liberdade de expressão em respeito à vida privada, à honra e à imagem da pessoa humana.

A liberdade de expressão é um direito imprescindível para a consolidação da democracia, pois proporciona ao cidadão a oportunidade de se informar sobre temas que lhe interessem, para ser capaz de discernir sobre os fatos e concluir uma análise que possa lhe auferir um juízo consciente, discernindo discursos substanciosos de discursos vazios, para posteriormente elaborar a sua própria convicção, isenta de interferências.

Para validar o princípio da liberdade de expressão, é dever do Estado ter tolerância para com as ideias, indistintamente, contanto que elas não representem uma ameaça de prejuízo moral e/ou físico iminente e evidente aos seus destinatários. Mister se faz salientar que os representantes e mandatários dos órgãos públicos precisam estar conscientes de que a norma constitucional

pauta pela amplitude da liberdade de expressão e também pela proibição prévia ou posterior de quaisquer retaliações e/ou censuras.

O respeito à liberdade de expressão resulta no fortalecimento da democracia, sustentáculo de uma sociedade livre, justa, fraterna, íntegra e bem informada, na qual os indivíduos possam se relacionar socialmente.

No pensamento de Ronald Dworkin, a liberdade de expressão é tão fundamental, que ela é capaz de assegurar a democracia de uma nação, na medida em que é possível a promoção de debates entre defensores de opiniões diversas, sem que haja cerceamentos ideológicos, visto que a maioria dos indivíduos agirá como “agentes morais responsáveis”.

Para reforçar o tema do direito à liberdade de expressão, exposto no decorrer do presente artigo, é que se insiste no valor deste princípio como norteador da democracia, pois todo e qualquer movimento evolutivo, advém de uma mudança do pensamento, através do processo pelo qual o cidadão tem acesso a informações suficientes para validar ou não a sua opinião.

## REFERÊNCIAS

ALECRIM, Giulia; MOLITERNO, Danilo; TORTELLA, Tiago. Monark é desligado do Flow Podcast após defender existência de partido nazista. *CNN Brasil*, 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/monark-e-desligado-do-flow-podcast-apos-defender-existencia-de-partido-nazista/>. Acesso em 11 fev. 2022.

ALVES, Isabela. *7 símbolos na luta pelos Direitos Humanos no mundo*. Observatório do Terceiro Setor, 08 dezembro de 2017. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/carrossel/7-simbolos-na-luta-pelos-direitos-humanos-no-mundo/>. Acesso em 08. fev. 2022.

ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?* Belo Horizonte: Dialética, 2019.

BEZERRA, Juliana. *Apartheid*. Toda Matéria, [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/apartheid/>. Acesso em 08. fev. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 07. fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. PF diz ao STF que milícia digital usa estrutura do ‘gabinete do ódio’. *G1, Política*, Brasília, 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/pf-diz-ao-stf-que-milicia-digital-usa-estrutura-do-gabinete-do-odio.ghtml>. Acesso em 12. fev. 2022.

FRAZÃO, Dilva. Nelson Mandela – Político sul-africano. *Ebiografia*, 07 de janeiro de 2021. Disponível em: [https://www.ebiografia.com/nelson\\_mandela/](https://www.ebiografia.com/nelson_mandela/). Acesso em 08. fev. 2022.

GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária (Tese)*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. 354f.

HOUASSIS, Antônio. *Dicionário Houassís da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LIMA, Alyson Alves de. *Excursus sobre liberdade de expressão*. Migalhas, 06 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351237/excursus-sobre-liberdade-de-expressao>. Acesso em 13 fev. 2022.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Editora, 2002.

MELLO FILHO, José Celso de. Prefácio “É preciso valorizar a liberdade”. In: PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

Organization of American States. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Tradução de United Nations High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 07 fev. 2022.

PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: O caso da liberdade de expressão (Dissertação)*. Programa de Pós-Graduação em Filosofia

e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. 254f.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Editora: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas*. Revista Direito Mackenzie. São Paulo, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. DOI: <https://doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v5n14756>. Acesso em 13 fev. 2022.

SOUZA, Josias de. Barroso sobre Bolsonaro: ‘Ele não precisa de fatos, mentira já está pronta’. *UolNotícias*, “não-paginado”. Uol Notícias, 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/josias-de-souza/2022/02/13/barroso-sobre-bolsonaro-ele-nao-precisa-de-fatos-a-mentira-esta-pronta.htm>. Acesso em 13 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?. Consultor Jurídico, 22 jun. 2020. *Opinião*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/streck-cattoni-nome-democracia-Propor-extincao>. Acesso em: 09 dez. 2022.

TITO, Bianca. *O Direito à Liberdade de Expressão: O Humor no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte. Editora: Dialética, 2021.





RECEBIDO EM: 19/04/2020

APROVADO EM: 07/07/2020

# UMA ANÁLISE DO ESQUEMA SUJEITO- OBJETO NA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

## *AN ANALYSIS OF THE ARRANGEMENT SUBJECT-OBJECT IN THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF CRIMINAL LEGAL ASSET*

*Juliana Helena Almeida Medeiros<sup>1</sup>*

*Edson Vieira da Silva Filho<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A ascensão da burguesia ao poder e o controle social implementado a partir da constituição de novas relações sociais. 2. As raízes históricas da noção de bem jurídico. 3. A necessária superação do esquema sujeito-objeto e a construção do

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

<sup>2</sup> Pós-Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA (conceito 5 CAPES). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (conceito 6 CAPES). Mestre pela Universidade São Francisco. Graduado em Direito pela PUC Belos Horizonte -MG.

bem jurídico-penal no Estado Democrático de Direito.  
Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A questão do bem jurídico-penal vem sendo menosprezada na crítica criminológica contemporânea. O resgate de seu papel na construção jurídica, nesse sentido, torna-se imprescindível. Para tanto, busca-se a análise da formação da noção de bem jurídico, partindo-se do Estado Moderno burguês até o atual Estado Democrático de Direito, no qual se constata o desenvolvimento do conceito de bem jurídico-penal constitucional. Na proposta do Estado Moderno, assim, tem-se início a construção de novas relações sociais e de novas dimensões do Direito a partir da eleição de novos valores tidos como essenciais ao Estado que, uma vez reconhecidos como bens jurídicos, tornam-se merecedores de proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, a partir de uma leitura histórica do conceito de bem jurídico, resgata-se Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding e Frans von Liszt, deixando clara a importância do movimento constitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial para a formação do conceito constitucional de bem jurídico. Por fim, o artigo pretende demonstrar a influência do esquema sujeito-objeto, racionalidade própria da modernidade, na construção do bem jurídico-penal e a sua necessária superação pelo esquema sujeito-sujeito para, finalmente, chegar-se a um modelo de bem jurídico constitucionalmente adequado ao Brasil contemporâneo. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, com objetivo exploratório, pautada em levantamento bibliográfico, no qual buscou-se estabelecer a visão doutrinária acerca das noções relevantes para a construção do conceito contemporâneo de bem jurídico-penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal. Bem Jurídico-Penal. Relações Sociais. Esquema Sujeito-Objeto. Esquema Sujeito-Sujeito.

**ABSTRACT:** The matter of the criminal legal asset, has been downsized upon the current criminological assessment. The disclosure of its juridical construction role, along those lines, becomes vital. For this purpose, it seeks an analysis of knowledge development of legal asset, setting off from the bourgeois Modern State to the current Democratic State of Law, whereupon ascertain the development of the concept of constitutional criminal legal asset. In the understanding of the Modern State, thereby, begins the construction of new social relationships and new aspects of Law from the arise of new values taken as essential to the State which once recognized as legal assets, become worth of protection by the Criminal Law. Therefore, as of a historical reading of the concept of legal asset, bringing to light Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding and Frans von

Liszt, highlighting the importance of the constitutionalist movement after World War II to the development of constitutional concept of legal asset. At last, the article intends to demonstrate the influence of the arrangement subject-object, its own modernity rationality, in the construction of criminal legal asset and its own surpassing necessity by the subject-subject arrangement, finally, spotting a pattern of criminal legal asset constitutionally suitable to contemporary Brazil. That is a qualitative research, with an exploratory goal, which sought to establish a doctrine vision regarding the relevant notions to the construction of a contemporaneous concept of criminal legal asset.

**KEYWORDS:** Criminal Law. Legal-Criminal Asset. Social Relationships. Arrangement Subject-Object. Arrangement Subject-Subject.

## INTRODUÇÃO

A definição do conceito de bem jurídico-penal é de suma importância para a compreensão do Direito Penal e do limite do *jus puniendi* estatal, que se encontra vinculado à necessária proteção de determinados bens essenciais para uma pacífica convivência social, sendo determinante para a formulação de uma norma penal eficaz e legítima, perpassando pelo necessário entendimento dos valores fundamentais ao indivíduo e a uma determinada sociedade.

O poder punitivo estatal, adotando-se a modernidade como marco temporal, somente se legitima quando não houver outros meios de controle social aptos a tutelarem os bens relevantes à sociedade e à vida do indivíduo. O Direito Penal, assim, representa a *ultima ratio*, somente sendo necessário recorrer a ele quando inevitável, ou seja, quando todos os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção do bem jurídico.

Trata-se, pois, do princípio da intervenção mínima, que orienta e limita o *jus puniendi* do Estado, ao conceber que a criminalização de uma conduta somente é legítima se necessária para a proteção de determinado bem jurídico. Se outros ramos do direito forem hábeis para o controle social, o Direito Penal não pode atuar, já que, como *ultima ratio*, somente deve intervir na defesa daqueles bens “imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa” (LOPES, 1999, p.92).

Dessa forma, percebe-se a intrínseca relação existente entre a identificação do bem jurídico digno da tutela penal e o poder punitivo do Estado, uma vez que o Direito Penal, como *ultima ratio*, apenas se torna legítimo e eficaz quando apto a proteger aqueles bens essenciais ao homem e às suas relações sociais.

Tendo em vista que a noção de bem jurídico norteia o sentido do Direito Penal, suas necessidades e seus limites, faz-se necessário conhecer e definir quais são esses bens jurídicos, a fim de que se torne possível formular normas penais incriminadoras capazes, a priori, de protegê-los, sendo a Constituição Federal, documento de relevância ímpar, superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico, utilizada como parâmetro de observação obrigatória na seleção dos valores essenciais merecedores da intervenção penal.

Ocorre que, não raras vezes, o Direito Penal intervém na sociedade de forma desmedida, sob o pretexto de assegurar o mito da segurança jurídica e social, ao criminalizar condutas e elevar ao status de bens jurídicos valores que poderiam ser tutelados por outros ramos do Direito. Tem-se, assim, uma ação assujeitadora dos bens jurídicos pelo legislador, que confere ao valor constitucionalmente protegido um sentido maior do que realmente teria, de forma a permitir a tutela penal. Nesse sentido, constata-se a ação do homem sobre o objeto para assujeitá-lo à sua vontade, sem permitir que, dentro de determinado contexto histórico-cultural, esse objeto lhe diga o seu verdadeiro valor, o seu verdadeiro sentido, a partir do desenvolvimento de uma relação intersubjetiva na qual, homem e objeto, interagem sem que um se sobreponha ao outro.

Feitas tais considerações, a presente pesquisa, que possui natureza qualitativa e objetivo exploratório, estando pautada em levantamento bibliográfico e na análise das construções doutrinárias sobre o tema, tratará sobre a ascensão da burguesia ao poder e como esse fato moldou as relações sociais e elevou ao status de bens jurídicos, passíveis de prioridade de proteção pelo Estado a partir da tutela penal, valores essenciais para a manutenção do sistema capitalista, como por exemplo, o patrimônio que alçou um status de relevância fundamental nesse Estado burguês, fundado no liberalismo, no individualismo e em um sistema que garanta a sua perpetuação e a acumulação de capital.

Após, serão abordadas as raízes históricas do conceito de bem jurídico trazendo as noções construídas por Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, considerado o “pai” da noção moderna sobre bem jurídico, Karl Binding, Frans von Liszt e, por último, a importância do movimento constitucionalista, pós Segunda Guerra Mundial, para a construção do conceito constitucional de bem jurídico-penal, considerando que os valores fundamentais dignos de proteção pelo Direito Penal serão retirados daqueles consagrados pela Constituição Federal.

Por fim, será demonstrada a influência do esquema sujeito-objeto na construção da noção de bem jurídico-penal durante a modernidade e como o mito da segurança jurídica e social, promessas próprias do Estado Moderno, tornou propícia a atuação de um legislador penal de forma desmedida que,

por meio da edição de inúmeras normas penais que pretendem garantir o bem-estar social no Estado Democrático de Direito, entende como essencial e dignos de tutela pelo Direito Penal, valores que poderiam ser tutelados de forma eficaz por outros ramos de Direito.

## **1. A ASCENSÃO DA BURGUESIA AO PODER E O CONTROLE SOCIAL IMPLEMENTADO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS**

O bem jurídico é aquele bem de relevante valor para o indivíduo e para o convívio social, sendo efetivamente reconhecido pela ordem jurídica como digno de proteção especial. Segundo Silva Filho, o conceito de bem jurídico origina-se a partir do conceito de bem, indo além daquilo que é considerado bom, valioso e desejável individualmente, invadindo a esfera pública, se tornando digno de tutela estatal (SILVA FILHO, 2012, p.79).

O bem jurídico-penal, assim, é aquele que, dentre os mais variados valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico, merece uma proteção especial por parte do Estado, restringindo o seu poder punitivo a uma intervenção jurídica estritamente necessária para o restabelecimento da paz e do convívio social.

A noção do que seria bem jurídico é determinante para a formulação de uma norma penal eficaz e legítima, perpassando pela necessária compreensão dos valores essenciais ao indivíduo e a uma determinada sociedade. Entretanto, a sua definição, a partir da seleção de bens e valores sociais fundamentais à sociedade, se torna uma tarefa árdua, tendo em vista a existência do fator temporal e espacial – o que é relevante em um determinado momento pode não o ser posteriormente, assim como pode variar de um lugar para outro.

Como já abordado, a escolha dos valores dignos de tutela penal tem o condão de limitar o *jus puniendi* do Estado sendo, por isso, interessante para a compreensão da noção de bem jurídico, a realização de uma análise histórica acerca da evolução do seu conceito, já que, segundo Alice Bianchini, o bem jurídico é definido a partir da concretização de um sistema de relações sociais em determinada época (BIANCHINI, 2002, p.39).

As relações sociais são desenvolvidas a partir de uma relação de poder, ou seja, a partir da imposição de vontade de um ou uns sobre os outros. Segundo Max Weber, poder consiste na capacidade de um indivíduo impor, no desenvolvimento de uma relação social, a sua vontade sobre os demais (WEBER, 1999, p.33). O Direito, dessa forma, surge como o instrumento utilizado para reduzir ou controlar os conflitos que poderão advir com o desenvolvimento dessas relações sociais – relações de poder que devem ser mediadas para que vontades diferentes sobre um mesmo assunto não entrem em conflito.

Nessa senda, com o intuito de aplacar eventuais conflitos que poderiam surgir no desenvolvimento das relações sociais, passa-se a definir e escolher quais valores são passíveis de prioridade de proteção pelo Estado que, no exercício do seu poder punitivo, pode punir aquele que ofender o bem jurídico digno de tutela penal.

No medievo, sob o império da estrutura de conhecimento baseada na relação objeto-sujeito, na qual o sujeito encontrava-se suscetível aos desígnios do objeto, os valores considerados essenciais eram determinados pela entidade divina – qualquer ofensa era considerada uma ofensa contra Deus e, por isso, passível de punição. Com o Estado absolutista, o Monarca era o detentor do poder de punir e, qualquer ato contrário à sua vontade seria tido como contrário a Deus, já que seu poder encontrava-se fundamentado metafisicamente em um poder divino superior – atentar contra os valores que o rei tinha como absolutos era atentar contra o próprio rei e contra Deus.

Percebe-se que a definição de crime está intrinsecamente relacionada à noção que temos hoje de bem jurídico, sendo essencial para o exercício do *jus puniendi* estatal, uma vez que se trata de uma construção que se relaciona ao exercício do poder – aquela classe ou grupo dominante que assume o poder é quem define quais valores são essenciais para a manutenção do poder e o convívio social. Trata-se de uma construção daquele que detém o poder com o fim de firmá-lo perante os demais ao incutir na sociedade a ideia de uma necessária obediência cega, sob pena daquele que se desviar dos padrões aceitáveis de comportamento sofrer uma violenta punição (FOCAULT, 2014, p.133 e ss).

A relação de poder, contudo, se transforma com o decorrer do tempo. Com a queda do regime absolutista e a ascensão da burguesia ao poder, há o lançamento de um projeto de uma nova sociedade ancorada em uma nova base econômica – o capitalismo, no qual, o recém-constituído sujeito da modernidade encontra-se submetido a um novo modo de controle das relações sociais impostos pelo Estado Moderno, priorizando-se uma maior proteção ao patrimônio do que ao próprio indivíduo – novas relações de poder abrem novas possibilidades ao sujeito e viabilizam novas estratégias de controle social.

Dessa forma, a partir do uso do metadiscurso (discurso aparente, superficial, que não demonstra o seu verdadeiro sentido com o fim de manter a ordem e o poder – trata-se do não dito e que é velado pelo(s) discursos oficiais), a burguesia, nova classe dominante, elenca os valores sociais dignos da tutela penal e, portanto, necessários para a manutenção do Estado capitalista nos moldes necessários à sua permanência como classe detentora do poder, moldando as relações sociais para sustentar essa posição ao subjugar a sociedade àquilo que entende como essencial ao bom convívio social.

Conforme Silva Filho (2012, p.81), o bem jurídico, enquanto valor fundamental definido pela classe dominante, “assume uma função de defesa do modelo de Estado (e sociedade) fundado no liberalismo, no individualismo e no sistema de produção burguês, de seus valores e destinado à sua perpetuação e reprodução”.

O ilegalismo popular outrora praticado e tolerado pela burguesia, pois condizente com seus interesses na sua busca pelo poder, passou a ser repellido por essa classe, pois, agora, ela era a vítima. Assim, uma vez que essa classe se vê atacada em seus interesses e em sua riqueza, passa a implantar a ideia do delinquente como inimigo social, aquele que foge à normalidade de um Estado por ela sustentado, devendo ser docilizado para ser reinserido à sociedade. Nesse sentido, segundo Michel Foucault,

Ao se proletarizar, a plebe transferiu para a propriedade burguesa as técnicas e as formas de ilegalismo por ela criadas, em cumplicidade com a burguesia, durante todo o século XVIII. Por conseguinte, quando a burguesia constatou a transferência desse ilegalismo para a sua propriedade e temeu seus efeitos, foi preciso reprimi-lo (FOUCAULT, 2015, p. 137).

É preciso observar que, uma vez consolidado o capitalismo e, por sua vez, o poder estatal nas mãos da burguesia, passou-se a criar mecanismos para assegurar a sua manutenção, a sua perpetuação, impedindo a dilapidação da riqueza, dos bens e lucro, fundamentais ao sistema capitalista. Para tanto, implementou-se um método de dominação estruturada em, por e para uma sociedade dentro de uma escala de valores que segue uma ordem estratégica e instrumental, acobertado por um discurso de sustentação com aparência legítima (metadiscurso). Segundo Nilo Batista,

A missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações (BATISTA, 2007, p.116).

A burguesia, assim, consoante lição de Silva Filho:

(...) trata de proteger a estrutura gerada (e geradora) de sua matriz fundamental, fazendo surgir um movimento circular (no sentido de retroalimentação) um Direito Penal patrimonialista, destinado a manter os ideais da sociedade individual liberal burguesa, sacrificando todos e tudo aquilo que se lhe impusessem no caminho (SILVA FILHO, 2012, p.83).



Portanto, levando-se em consideração essa nova realidade social, na qual prevalecem os ideais de uma nova classe dominante que quer se firmar no poder – a burguesia, para a manutenção dessa estrutura de domínio faz-se imprescindível que os indivíduos sejam subjugados pelo Estado, tornando-se corpos dóceis, fáceis de manipular, segundo terminologia adotada por Foucault (2014, p.134). Nessa senda, o Direito Penal, ramo que tutela os valores essenciais desse Estado, passa a falsa noção de uma proteção universal, que alcança todos os indivíduos da sociedade quando, na verdade, apenas atende aos interesses daqueles que detêm o poder. Para Foucault:

O crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, (...) é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; (...) seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; (...) é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; (...) em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas (FOUCAULT, 2014, p.270).

Percebe-se, pois, que o Direito Penal, enquanto instância repressora do Estado, protegia apenas os interesses daqueles que detinham o poder, se aplicando apenas a eles e não a todos indistintamente, como o deveria ser.

## 2. AS RAÍZES HISTÓRICAS DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

O Direito Penal, *ultima ratio legis*, é o ramo do Direito fundamental para a concretização dos valores passíveis de proteção pela intervenção estatal. Conforme já abordado, em um primeiro momento, o Direito Penal estava intrinsecamente ligado à divindade – a noção de crime estava relacionada à vontade de Deus. Posteriormente, o soberano, investido de um poder divino, era capaz de impor sua vontade, subjugando a todos, em razão de um poder metafísico, concedido por Deus. Nessa senda, o crime era aquilo que o soberano queria que fosse.

Com a ascensão da burguesia ao poder, o crime passou a ser toda conduta que atentasse contra o Estado liberal atingindo, direta ou indiretamente, o patrimônio, bens e lucros tão visados pela classe dominante. O criminoso era aquele corpo indócil, que se desviava dos padrões comportamentais esperados por esse modelo estatal, frustrando as expectativas da sociedade industrial por rebelar-se, devendo ser punido para retornar à normalidade pretendida, consubstanciada em um corpo dócil, pouco ou não resistente, submisso, fácil de manipular e temente às normas que regem a moral e os costumes (SILVA FILHO, 2010, p.85).

A docilização dos corpos é retratada por Foucault como a maneira com que aqueles que detêm o poder se utilizam dele para produzir corpos submissos, manipulados e aperfeiçoados de forma a garantir que o indivíduo aja em conformidade com as regras estabelecidas, segundo os interesses daqueles. Para o autor, o exercício do poder disciplinar pelo ente estatal é o responsável pela produção desses corpos dóceis - “a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis.” (FOUCAULT, 2014, p.135). Dessa forma, os corpos indóceis, que deixam de agir segundo a normalidade esperada pelo ente estatal, devem ser subjugados a partir da imposição de alguma sanção para que deixem de ser anormais, voltando a ser docilizados e, assim, mais facilmente controlados.

A real intenção da classe burguesa era implementar meios que garantissem o exercício do livre mercado e a acumulação de riquezas, o que somente seria possível a partir da subjugação dos indivíduos que não tinham patrimônio (e, por isso, eram considerados apenas força de trabalho), através de um ideal materializado no homem médio, facilmente contido e assujeitado por meio do controle penal. Assim, era preciso conter essa mão de obra constantemente explorada, era preciso docilizar seus corpos (corpo dócil é um corpo útil), inculcando neles a ideia de que todos teriam os mesmos direitos de liberdade e igualdade, considerados abstratamente, mas desiguais em poder social face à concreta desigualdade em recursos materiais (SANTOS, 1979, p.37).

Desse modo, o controle social exercido pelo Direito Penal era feito a partir da criminalização excessiva dos atos que atentassem contra os valores burgueses, próprios do projeto moderno que se apresentava como modelo ideal, funcionando a pena sofrida por aqueles que desviassem suas condutas do comportamento esperado (corpos dóceis) como estigma social – o poder se constitui em proveito dos vencedores e em prejuízo dos vencidos. O Direito Penal, assim, não defende os interesses de toda a sociedade, mas, preferencialmente, “os direitos e interesses daqueles a favor dos quais o poder político se constituiu.” (SILVA FILHO, 2012, p.91).

No final do século XVIII, Feuerbach, filósofo de matriz kantiana, trouxe uma das primeiras noções sobre bem jurídico, segundo o qual seriam direitos subjetivos que visavam impedir a aplicação da lei de modo arbitrário, independentemente de qualquer lesão, consistindo em uma reação do Iluminismo ao período anterior, cujo Direito Penal se encontrava ao alvedrio daqueles que detinham o poder (SILVEIRA, 2003, p.38). Assim, o Estado somente poderia intervir nas relações sociais quando algum direito subjetivo do cidadão fosse lesionado – sem lesão a esses direitos não haveria crime a ser punido. A noção de bem jurídico, portanto, trabalhada por Feuerbach, relacionava-se aos direitos subjetivos dos cidadãos. Dessa forma, para o autor, “crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida

en una ley penal, o una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal.” (FEUERBACH, 2007, p.55).

Atribui-se, porém, a Johann Michael Franz Birnbaum, em 1834, a noção moderna do conceito de bem jurídico como objeto de proteção penal, substituindo o conceito anterior, desenvolvido por Feuerbach, cuja ofensa a um direito subjetivo consistia no fundamento da sanção penal. Segundo Birnbaum, o Direito Penal visa à proteção de bens e não de direitos subjetivos, já que esses não podem ser lesionados – o que se lesiona é o objeto sobre o qual recai o direito subjetivo. (BRANDÃO, 2002, p.108) Nesse sentido, o delito é definido como “toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual [...]”. (BIRNBAUM, 2010, p.59). Assim, “si se quiere considerar al delito como una lesión, este concepto debe referirse naturalmente a una lesión de un bien, y no a la de un derecho.” (VARELA VENTURA, 2011, p.211).

A partir das lições de Birnbaum, Karl Binding, influenciado pelos ideais positivistas, desenvolveu a noção de bem jurídico em sentido formal, ou seja, seria bem jurídico tudo aquilo que o legislador elegeisse como tal, dada a sua relevância. Caberia ao legislador definir o bem jurídico a ser protegido, dando ensejo ao conceito formal de delito (PRADO, 2019, p.24). Desse modo, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, devendo haver congruência entre a norma e o bem jurídico por ela revelado. Isso porque para ele, independente da lesão a qualquer elemento material, o delito caracteriza uma infração ao dever de obediência estatal imposto pela norma e, por consequência, ao bem jurídico que se encontrasse vinculado a ela. Em síntese:

Para Binding, la norma, es el producto de la soberanía del Estado y expresa la valoración del legislador. El bien jurídico está establecido dentro de cada norma jurídico-penal; lo lleva em sí, em su ser. Corolario: si cada norma es portadora de un bien jurídico, el Estado, puede exigir su cumplimiento; además, su lesión, es una infracción al derecho subjetivo estatal (ROXIN, 2016, p.178).

Frans von Liszt, por sua vez, defendia que o Direito deve se voltar à proteção de situações reais, existindo por vontade do homem, ou seja, o Direito tem como fim a tutela de interesses fundamentais da vida humana, que surgem a partir do desenvolvimento de relações individuais e sociais perante o Estado. Assim, são esses interesses humanos, dignos de reconhecimento e proteção jurídica pelo Direito, os denominados bens jurídicos. Nesse sentido, consoante Liszt:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são

interesses humanos ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico (LISZT, 2003, p.139).

Assim, tem-se que para Liszt, o bem jurídico não é resultado da atuação discricionária do legislador, que decide quais interesses são dignos de proteção pela norma (bem jurídico em sentido formal, segundo Binding), mas sim, interesses vitais do ser humano, resultantes do desenvolvimento de suas relações sociais, sendo, portanto, anteriores à própria norma - “el orden jurídico – dijo – no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.” (ROXIN, 2016, p.190).

No século XX, a compreensão do bem jurídico sofre uma mudança significativa, deixando de lado a concepção formal, segundo a qual o bem jurídico seria aquilo que está expresso na lei, adotando-se pressupostos neokantianos, sendo considerado um valor com cunho ético-social, juridicamente protegido pela norma penal. Assim, em síntese, pode-se entender que o bem jurídico é a expressão do valor que se identifica como condição de existência da própria norma penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento constitucionalista ganha força devido ao fracasso da racionalidade moderna, estruturada a partir do positivismo, que permitiu que governos totalitários (como o nazismo, por exemplo), sob o manto da legalidade, cometessem atrocidades contra minorias que não se enquadravam no estereótipo pretendido. Dessa forma, consoante Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

O constitucionalismo (...) deixou como resultado a indispensabilidade da Constituição no Estado contemporâneo e uma liberdade relativa de criação do sistema e estrutura de governo e poder, em função de uma determinada rigidez de conteúdo, demarcada historicamente, a ser observado pelas Constituições (LOPES, 1999, p.50).

Assim, as normas constitucionais passam a ocupar um lugar hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, sendo a Constituição o documento normativo que expressa os valores essenciais de uma sociedade, limitando a atuação dos detentores do poder aos seus preceitos – qualquer lei ou ato contrário aos seus mandamentos é inconstitucional e, portanto, não pode ter legitimidade e eficácia. Por conseguinte, entende-se, pois, que o bem jurídico-penal é aquele situado dentre os valores fundamentais à sociedade, ou seja, o bem jurídico deve ter respaldo na ordem constitucional, encontrando-se o legislador penal vinculado aos valores constitucionais consagrados pelo constituinte e, portanto, pela própria sociedade.

Considerando-se que o bem jurídico-penal tem como fundamento os valores consagrados pela Lei Maior, desenvolveu-se dois grupos de teorias constitucionais sobre o bem jurídico, segundo o método de vinculação com a norma constitucional: de caráter geral ou amplo e de caráter estrito ou restrito. De acordo com a primeira corrente, a Constituição é o parâmetro adotado para se encontrar os bens jurídicos dignos de tutela penal, sem contudo, ser taxativa, ou seja, outros bens, ainda que não mencionados diretamente pela norma constitucional, podem ser criminalizados pelo legislador, desde que com ela compatível (BIANCHINI, 2002, P.44).

Já para a teoria constitucional restrita, os bens jurídicos penais só podem ser extraídos da Constituição, não podendo o legislador ir além do texto constitucional, encontrando-se taxativamente vinculado a ele. Uma vez que o Direito Penal tem o condão de restringir os direitos fundamentais daquele que venha a ser alvo de alguma sanção criminal, o bem jurídico violado deve refletir os valores essenciais consagrados na ordem constitucional, ou seja, é na Constituição Federal que se encontram os valores socialmente relevantes dignos de proteção pelo Direito Penal (PRADO, 2019, p.65).

Portanto, pode-se concluir que é a Constituição da República o documento supremo a ser utilizado como parâmetro a ser adotado na seleção daqueles valores fundamentais, dignos da proteção estatal, a partir da criminalização das condutas que possam lesioná-los, ou seja, apenas quando o bem jurídico revelar um caráter de essencialidade à sociedade, tendo como fundamento os direitos e valores consagrados pela norma constitucional, poderá o Direito Penal, *ultima ratio* do sistema, atuar em sua proteção.

### **3. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E A CONSTRUÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Apresentada a evolução histórica sobre a noção de bem jurídico, percebe-se que ainda não há um conteúdo seguro que permita a identificação do que se pode ou não criminalizar. Sabe-se que o Direito Penal, enquanto ramo do Direito mais gravoso por implicar na imposição de sanções privativas da liberdade, somente poderá atuar quando as demais áreas do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes para a proteção dos valores essenciais à sociedade. Trata-se do princípio da subsidiariedade, que prevê a atuação do Direito Penal somente quando outros ramos do Direito não puderem tutelar de forma adequada e suficiente o bem jurídico (ROXIN, 2016, p.866).

Consoante lição de Régis Prado (2019, p.78), a ideia de bem jurídico requer a realização de um “juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser

humano”. Esses bens, enquanto valores sociais relevantes, devem ser retirados daqueles previstos na Constituição Federal e refletir a realidade social em um determinado contexto histórico-cultural, estando em harmonia com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a identificação e seleção dos valores essenciais à sociedade passa, necessariamente, por dois juízos de valor: o primeiro, pelo constituinte, que elenca os bens fundamentais dignos de proteção pela Constituição Federal; o segundo, pelo legislador ordinário, que escolhe, dentre os bens fundamentais constitucionais, quais merecem ser resguardados a partir da intervenção do Direito Penal, instância mais grave do Direito.

A tutela penal dos valores essenciais do Estado depende da atuação dos representantes eleitos pelo povo que, por intermédio de razões discricionárias, determinam o objeto da matéria penal, caracterizando o chamado esquema sujeito–objeto, construção própria da modernidade que confere ao sujeito cognoscente o poder de atribuir sentido às coisas. Trata-se de uma subjetividade assujeitadora do objeto – é o sujeito quem atribui o sentido das coisas, quem objetifica o objeto, atribuindo-lhe o entendimento que melhor lhe convier segundo razões solipsistas (STRECK, 2017, p.255).

O bem jurídico-penal, adotando-se a modernidade como ponto de referência, pode ser entendido como uma construção do homem que, a partir da seleção dos valores essenciais à comunidade, escolhe quais, dentre eles, seriam dignos da tutela penal. Ocorre que essa seleção se dá a partir de razões subjetivas, discricionárias – “los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador” (ROXIN, 2016, p.1058), ou seja, é o legislador penal, representante dos interesses da sociedade, quem define o que merece a proteção do Direito Penal, a partir da adoção de fundamentações solipsistas.

Quando se aborda o solipsismo pretende-se trazer à tona a questão de como o sujeito submete o conhecimento e o mundo à sua consciência. Trata-se da relevância dada ao homem enquanto ser dotado de conhecimento – o sujeito basta a si mesmo. A subjetividade presente no solipsismo é própria da modernidade, na qual o mundo divide-se entre sujeito e objeto, sendo aquele o responsável pelo assujeitamento do sentido das coisas, a partir de “uma vontade individual, de um idealismo, ou de um subjetivismo” (STRECK, 2017, p.273). Para Lênio Streck,

O solipsismo é um engodo teórico; ele existe difusamente num imaginário que se constituiu a partir da modernidade. Aliás, foi a modernidade que ‘inventou’ o solipsismo. Ele é condição de possibilidade da modernidade! E essa invenção ainda produz efeitos (e drásticos). (STRECK, 2013, p.711).

Entretanto, a exaustão do Estado moderno e, conseqüentemente, do constitucionalismo moderno, no qual, inúmeras promessas foram feitas, mas

não realizadas pelo ente estatal, nos revela a necessidade de um novo modelo constitucional, promotor de liberdades e garantias por meio de um modelo social democraticamente organizado como plural, tolerante e incluyente, pautado pela não violência, estruturado a partir de um núcleo duro de direitos e garantias fundamentais como horizonte de compreensão daquilo que se torna a nova proposta do Estado, como uma releitura e resgate daquilo que se prometeu (mas não se cumpriu) na modernidade.

Tal perspectiva, destinada a suplantar as estruturas positivistas modernas, demanda uma alteração do paradigma de compreensão. Assim, o ganho qualitativo do novo paradigma passa necessariamente pela superação do esquema sujeito-objeto, que dá lugar a uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto, necessário para a percepção de toda extensão da nova e complexa proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo.

No Estado Democrático de Direito, estruturado a partir dos modelos neoconstitucionalistas, a garantia, a proteção e o respeito dos direitos humanos e fundamentais são essenciais, sendo a Constituição da República o documento supremo, de observação obrigatória para o ideal funcionamento estatal. Assim, como já abordado anteriormente, é na Carta Magna que se encontram os valores primordiais à sociedade, funcionando como uma obrigação positiva ao Estado – que tem o dever de assegurar e concretizá-los, mas também, como limite à atuação dos Poderes da República, que, no exercício da sua competência constitucional, não poderão violá-los.

Dessa forma, o legislador, por exemplo, não poderá editar uma norma contrária aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ou para satisfazer anseios populares, pois implicaria na atuação desmedida do Direito Penal, violando o princípio da subsidiariedade, que prevê que a tutela penal somente será necessária quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes.

É preciso entender que a construção social a respeito da reprovabilidade de certas condutas na esfera penal não implica no seu reconhecimento como bem jurídico digno de tutela pelo Direito Penal. Isso somente ocorrerá por meio da atuação do legislativo, que deve levar em consideração a temporalidade e a historicidade dos fenômenos reprováveis em cada momento histórico.

Entretanto, o mito da segurança jurídica e social, promessas do Estado moderno, torna propícia a ação de um legislativo movido pelo clamor social, tornando o Direito Penal um Direito excessivamente intervencionista e moralista, pois criminaliza, de forma desmedida, condutas que poderiam ser solucionadas por outros ramos do Direito, sob o pretenso argumento de proteção estatal abstrata.

O Direito Penal, assim, em vez de atuar como mecanismo estatal de controle social, com o fim de sancionar aquelas condutas que lesionem os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, observando o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal somente é legítima e necessária quando todos os outros ramos do Direito fracassarem na tutela do bem jurídico, passa a ser utilizado como garantia de ordem e segurança pública, sancionando, por exemplo, crimes de perigo abstrato e crimes contra o patrimônio – esses últimos podem ser entendidos como decorrência lógica do sistema capitalista, que garante aos bens patrimoniais um caráter fundamental, com o fim de assegurar a acumulação de capital, sendo que poderiam ser eficazmente tutelados por outras instâncias do Direito.

Ademais, os crimes de perigo abstrato demonstram a desmedida ingerência do legislador e, por conseguinte, do próprio Estado no âmbito individual sob a fundamentação de uma pretensa proteção social e da garantia do bem-estar social, uma vez que se tratam de crimes em que não se exige a lesão de um bem jurídico ou a sua colocação em risco real e concreto. Isso não se coaduna com a noção de intervenção mínima do Direito Penal e, por sua vez, com a própria noção de bem jurídico-constitucional e da necessidade de sua violação – a questão do Direito Penal do risco e do dano.

Segundo Régis Prado, a concepção adequada de bem jurídico-penal mostra-se essencial para o Direito Penal, instrumento do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que:

O bem jurídico tem uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura democrática (PRADO, 2019, 17).

A necessária proteção dos bens jurídicos, portanto, advém das próprias funções essenciais do Estado Democrático de Direito e da indispensável proteção garantida pelo Direito Penal aos bens jurídicos consagrados pela sociedade como valores estatais fundamentais à convivência social pacífica. Há, nessa senda, o desenvolvimento de uma necessária relação entre o sujeito e o Estado, em se tratando de matéria penal, consoante lição trazida por Silva Filho:

Se de um lado o Estado deve garantir a proteção dos indivíduos, evitando lesões a bens jurídicos e, casos estas ocorram, agir no sentido de minimizar seus efeitos e em última análise, sancionar quem promove tais lesões; por outro lado, deve conter-se no ímpeto retributivo, abstando-se de sancionar condutas que não tragam em si lesões concretas a bens jurídicos



ou que não tenham sentido além da expiação pura e simples (SILVA FILHO, 2012, p.110).

Assim, a criminalização de condutas pela norma penal somente é legítima quando expor a perigo concreto bens imprescindíveis à existência do indivíduo em sociedade, não devendo o Direito Penal ser objeto de manobras ideológicas que, a partir de um discurso do temor pela segurança social e jurídica, implica na criminalização excessiva e na seleção de bens jurídicos que poderiam ser eficazmente tutelados por outros ramos do direito, desencadeando uma supremacia do Estado sobre o homem, o que se revela incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito.

É preciso, pois, superar o esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, no qual o legislador e o bem passam a ser encarados não como sujeito e objeto, onde o primeiro determina o sentido do último, sendo imprescindível, assim, a evolução do conceito de bem jurídico com o ganho qualitativo da compreensão por meio do esquema sujeito-sujeito, no qual se permita que o sujeito, no caso o legislador, deixe que o bem lhe diga algo, que revele a sua essencialidade e, portanto, a necessidade de tutela pelo Direito Penal, levando-se em conta o contexto histórico-social da sociedade, sempre visando a promoção do bem-estar social.

## CONCLUSÃO

A teoria dos bens jurídicos penais visa identificar os valores essenciais à sociedade e ao indivíduo, particularmente considerado, que são dignos de proteção pelo Direito Penal, sendo a intervenção estatal legítima apenas na medida em que estritamente necessária à proteção do bem-estar social e do sujeito, individualmente considerado. Nessa senda, o bem jurídico é condição legitimante da tutela penal, restando o Direito Penal autorizado a intervir apenas quando indispensável a tutela de um valor fundamental.

A noção de bem jurídico está em constante evolução para atender aos anseios sociais de acordo com o contexto histórico e cultural de cada sociedade. Assim, considerando-se a ascensão da burguesia ao poder, percebemos que o conceito de bem jurídico passou a considerar relevante e a tutelar, principalmente, os interesses patrimonialistas dessa nova classe social, aplicando sanções graves contra aqueles que cometessem crimes contra o patrimônio, retirando, dos outros ramos do Direito, a tutela desse bem, que poderia acontecer de forma menos interventiva e violenta.

No Estado Democrático de Direito, temos a superação do Estado Liberal individual e dos valores impostos como absolutos pela classe detentora do poder – a burguesia. Agora, o individualismo perde espaço para o social,

sendo os valores fundamentais da sociedade inseridos na Constituição Federal, documento supremo legitimante para a atuação de todos os poderes, inclusive do legislador ordinário, que somente pode tutelar os bens jurídicos mais relevantes dentre os previstos constitucionalmente, não podendo selecionar bens ou criminalizar condutas que poderiam ser objeto de proteção por outros ramos do Direito. Por conseguinte, a seleção de bens jurídicos não essenciais ao Direito Penal e a consequente criminalização de condutas, a partir da ação de um legislador que procura satisfazer os anseios populares, é inaceitável no modelo democrático.

Contudo, é comum que o legislativo atue impulsionado pela construção social acerca da reprovabilidade de determinadas condutas, com o fim de alcançar a promessa do Estado moderno sobre a essencialidade da segurança jurídica e social a ser promovida pelo ente estatal. Dessa forma, o legislador, para atender o clamor social ou para garantir a aparência de segurança, garante a alguns bens o status de fundamental, tornando propícia a criminalização de condutas lesivas a esses bens que poderiam ser tutelados por outros ramos que não o Direito Penal. E isso somente ocorre em razão da racionalidade ancorada na modernidade, ou seja, no esquema sujeito-objeto, no qual o legislador atribui o sentido às coisas, assujeitando o objeto, sendo esse um dos maiores obstáculos para a efetivação da racionalidade intersubjetiva, própria do esquema sujeito-sujeito, essencial para a nova proposta de arranjo social gerenciado pelo Estado contemporâneo.

Assim, o legislador penal passa a assujeitar o bem jurídico para se adequar à promessa de segurança jurídica, própria da modernidade, valendo-se do esquema sujeito-objeto, que deve ser superado no atual momento histórico-cultural, no qual requer-se um Direito Penal mínimo, cuja intervenção se dê apenas quando estritamente necessária para a garantia do bem-estar social. É preciso permitir que os bens jurídicos demonstrem a sua fundamentalidade e, portanto, a indispensabilidade da norma penal para a sua proteção, tendo o legislador penal o dever de observar a Constituição Federal ao delimitar o objeto de tutela do Direito Penal.

Portanto, a concepção e definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal. Qualquer atuação legislativa além ou aquém da estritamente necessária para a identificação, seleção e proteção dos valores constitucionais realmente fundamentais para a sociedade, que torna indispensável a tutela do Direito Penal, implica em uma intervenção estatal desmedida e, portanto, ilegítima, devendo ser repelida pelo Estado Democrático de Direito. O necessário resgate do papel do bem jurídico no novo modelo de Estado proposto pelo constitucionalismo contemporâneo é, assim, condição de legitimidade da intervenção estatal por intermédio do Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revann, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº1, p.16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/1/artigo1.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo1.pdf). Acesso em: 24 de fev. 2020.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

BIRNBAUM, Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*. Trad.: GUZMÁN DALBORA, José; Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Análise do sistema penal à luz do Princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FOCAULT, Michel. A sociedade punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Trad. Ana Luísa Faria, Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro, Casa da Palavra, 2014.

HERB, Karlfriedrich. Além do bem e do mal: o poder em Maquiavel, Hobbes, Arendt e Foucault. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília, n.10, p.267-284, Abr. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522013000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 15 de fev. 2020.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. *El Concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen – acerca de la ratio del privilegio del desistimiento em Derecho Penal*. Ediciones Cueva Carrión, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia da Repressão*. Uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *O direito penal no Brasil contemporâneo: uma (re)construção necessária presa a muitas amarras*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 22, p. 337-362. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/575>. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio Luis. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito À luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK. Lênio Luis. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. I. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.



RECEBIDO EM: 01/02/2023

APROVADO EM: 03/04/2023

# **NOVIDADES DA LEI N. ° 14.133/2021: DISCUSSÕES ACERCA DA DISPENSA DE LICITAÇÃO TRADICIONAL E ELETRÔNICA**

*NEWS FROM LAW N. 14133/2021: DISCUSSIONS  
ABOUT THE TRADICIONAL AND ELECTRONIC  
NO-BID CONTRACT*

*Leandro Pétersson Silva Vital<sup>1</sup>*

*Luís Carlos Zucatto<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Novidades sobre a licitação dispensável e seu procedimento à luz da Lei n.º 14.133/2021. 2. Desafios para as contratações diretas fundamentadas na Lei n.º 14.133/2021. 3. Discussões e proposições teórico-práticas. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Bacharel em Administração Pública. Especialista em Gestão Pública e em Direito Administrativo e mestrando em Gestão de Organizações Públicas, pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM

<sup>2</sup> Doutor, mestre e bacharel em Administração, especialista em Logística e Gestão de Custos. Professor universitário e pesquisador na Universidade Federal de Santa Maria

**RESUMO:** Em breve, a Lei 14.133/2021 será o único diploma a reger as contratações, compras e alienações no Brasil. Essa lei trouxe muitas novidades e isso ampliou as incertezas sobre a sua aplicação, especialmente em relação à dispensa de licitação, repleta de singularidades como a possibilidade de realização de uma fase de disputa e um rito processual que preconiza instrumentos de planejamento. Nessa contextura, persegue-se o objetivo de, sob uma lente gerencial e amparada no método crítico-positivo, propor discussões e orientações sobre o tema da dispensa de licitação. Dentre outras inferências que o estudo apresenta, conclui-se que a estimativa de despesa, no caso de dispensa de licitação sem disputa, resume-se a uma pesquisa de mercado. Contudo, esse instrumento é elemento essencial no caso de dispensa de licitação com disputa, em que pese a contradição entre a lei e sua norma regulamentadora. Não obstante as várias aproximações dessa lei às práticas do mercado privado, revelando valores neoliberais, a Administração Pública não pode se afastar da sua finalidade precípua: a geração de bem-estar social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dispensa de licitação. Estimativa de despesa. Gestão Pública. Lei n.º 14.133/2021. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

**ABSTRACT:** Soon, Law 14,133/2021 will be the only diploma to govern hiring, purchases and disposals in Brazil. This law brought many innovations and this increased the uncertainties about its application, especially in relation to the waiver of bidding, full of singularities such as the possibility of holding a dispute phase and a procedural rite that advocates planning instruments. In this context, the objective is pursued, under a managerial lens and supported by the critical-positive method, to propose discussions and guidelines on the issue of bidding waiver. Among other inferences that the study presents, it is concluded that the expense estimate, in the case of waiver of bidding without dispute, boils down to market research. However, this instrument is an essential element in the case of waiver of disputed bidding, in spite of the contradiction between the law and its regulatory norm. Despite the various approximations of this law to the practices of the private market, revealing neoliberal values, Public Administration cannot depart from its main purpose: the generation of social well-being.

**KEYWORDS:** Expense estimate. Law n. 14.133/2021. New Law on Acquisition Process and Administrative Contracts. No-bid contract. Public Management.

## INTRODUÇÃO

Após quase oito anos de um processo legislativo realizado em um ambiente democrático, constituído por diferentes atores de diferentes segmentos sociais (AMORIM, 2022), ainda que alguns o entendam como precipitado ou “a toque de caixa” (BITTENCOURT, 2021), a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA) – Lei n.º 14.133/2021, de abrangência nacional, representa a aglutinação de diferentes institutos legais que atualmente compõem o ordenamento jurídico administrativo brasileiro: a Lei n.º 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), a Lei n.º 10.520/2002 (lei do Pregão) e a Lei n.º 12.462/2011 (lei do Regime diferenciado de Contratação), que serão expressamente revogados a partir do dia 1º de abril de 2023, entre outras normas infralegais e/ou regulamentadoras sobre essa matéria (HAAB, 2021; NOHARA, 2021).

Erigida em um contexto de franca transformação digital que acomete os setores públicos e privados, esses cada vez mais conectados e mediados por Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), a NLLCA firmou novos (e importantes) princípios a serem observados em todos os ritos processuais de compras públicas, dentre os quais destacam-se: o planejamento, a transparência, a eficácia, a competitividade, a celeridade, a economia, consoante disciplinado em seu art. 5º.

Em atendimento à Constituição Federal de 1988, art. 37, XXI, a NLLCA compreende todas as possibilidades e formas de contratação de obras, serviços, compras e alienações a serem realizados pela Administração Pública, quer seja para os casos de obrigatoria instrução de processo licitatório, quer seja para as ressalvas abrangidas pelas hipóteses discricionárias em que a licitação é inexigível, dispensada ou dispensável.

Embora se perceba uma provável falta de rigor quanto à utilização do termo “inovação”, que não é intuito deste trabalho debater essa questão, diferentes autores têm defendido variadas inovações originadas na Lei n.º 14.133/2021, como são os casos da nova modalidade de licitação denominada “diálogo competitivo” constante do art. 28, inc. V (COUTINHO; FERNANDES, 2021); das infrações administrativas constantes do art. 155 e seguintes (MAFISSONI, 2021); do Plano de Contratações Anual (ESPÍRITO SANTO, 2021); da contratação integrada e da utilização da matriz de riscos (PIRES; PARZIALE, 2022); e da dispensa de licitação na forma eletrônica, prevendo-se uma fase de disputa de lances entre os fornecedores.

A licitação dispensável, neste trabalho tratada como dispensa de licitação, deve guardar íntima relação com os princípios estatuídos na NLLCA, e é versada em diferentes passagens da lei. Por vezes caracterizada como um processo obscuro e de pouca transparência, berço de muitas controvérsias sobre improbidade administrativa e corrupção, ela, enquanto fundamento legal estritamente destinado ao atendimento das situações fáticas capituladas



no art. 75, deve ser instruída, a rigor, com os documentos arrolados no art. 72, ambos da Lei n.º 14.133/2021.

Decorrem dessa lei novas regras e ritos processuais a serem seguidos pelos órgãos e entidades da Administração Pública, com os quais estes ainda estão desenvolvendo as competências necessárias para sua operacionalização. Os procedimentos, a fase de disputa, a utilização de plataforma para sessão pública, elementos de tamanha similaridade ao pregão eletrônico levaram Niebuhr (2021, s.p) a afirmar que a “dispensa de licitação eletrônica é na verdade uma modalidade de licitação disfarçada”, ao passo que Grossmann (2021, s.p) o alcunha como “mini pregão”. Neste contexto de novidades atinentes aos processos de contratação direta, inclusive prevendo uma possível fase de disputa entre fornecedores, o objetivo deste trabalho é propor interpretações e discussões sobre alguns pontos da dispensa de licitação, tais como princípios, forma eletrônica (com e sem disputa) e não eletrônica, rito da contratação, estimativa de despesa, diante das propostas contemporâneas da Administração Pública, o que se pretende alcançar adotando-se o método crítico-positivo a partir do levantamento de normativos e de bibliografias afetos à matéria.

Por se tratar de uma lei relativamente nova, cujas jurisprudência e doutrina ainda serão elaboradas, em que os órgãos dos diferentes poderes e esferas estão no processo de consolidação da nova praxis das compras públicas, este trabalho possui o condão de, para além da interpretação literal e aplicação da(s) norma(s), acrescentar um olhar gerencial/administrativo para esse tema emergente, de vital e estratégica importância para a Administração Pública.

Há que se considerar, ainda, que as dispensas de licitação, segundo dados do Painel de Compras do Governo Federal brasileiro, representam a segunda “modalidade” de compra pública mais empregada pelo Governo Federal. Adotando-se como recorte temporal o período de primeiro de janeiro a 08 de dezembro do ano de 2022, os 449.134 processos de dispensa de licitação instruídos representavam 9,79% das compras públicas realizadas pela esfera federal, os quais somaram mais de R\$ 83,3 bilhões (BRASIL, 2022). Mesmo que esses processos representem cerca de 10% das compras públicas realizadas, o montante de recursos públicos dispendido é vultoso e exige mais esforços acadêmicos, técnicos e tecnológicos que contribuam para a sua melhor operacionalização a bem do interesse público.

## **1. NOVIDADES SOBRE A LICITAÇÃO DISPENSÁVEL E SEU PROCEDIMENTO À LUZ DA LEI N.º 14.133/2021**

Em sendo importante conhecer as suas fontes subsidiárias, especialmente aquelas arroladas no próprio texto legal, é pertinente destacar

que os princípios de que devem estar imbuídos os operadores e gestores públicos da NLLCA são aqueles constantes de seu art. 5º, quais sejam:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021)

Com relação à licitação dispensável, tipo de processo este que deve ser instruído também se atentando aos princípios retrocitados, essa matéria é disciplinada, precipuamente, no art. 75 da NLLCA, que não pode ser confundida com a licitação dispensada de que trata o art. 76 (RODRIGUES, 2021). Em síntese, trata-se de um rol taxativo de hipóteses, descrito pelo legislador, que, diante da viabilidade de competição entre fornecedores interessados, a Administração, discricionária e motivadamente, opta pela contratação direta do fornecedor que lhe apresentar a proposta mais vantajosa, devendo-se os critérios e parâmetros de comparação dessas propostas estarem estabelecidos nos instrumentos da fase preparatória, como o instrumento convocatório, o termo de referência ou projeto básico etc. (OLIVEIRA, 2022; FURTADO, 2022). No mesmo sentido, para Pires e Parziale (2022) a dispensa de licitação versada na Lei nº 14.133/2021 somente pode ser processada se caracterizada uma das situações fáticas arroladas nos incisos e/ou alíneas do seu art. 75, portanto não se admitem interpretações ampliativas.

O texto da lei em exame refere-se aos processos em que a licitação é dispensável, doravante processos de “dispensa de licitação” ou “contratação direta por dispensa de licitação”, quanto ao seu rito ou procedimentos, em diferentes passagens. Para cumprir o objetivo deste trabalho, passa-se ao apreço de pontos da lei.

O art. 75 da Lei nº 14.133/2021 é o de maior importância no que tange à caracterização das contratações diretas por dispensa de licitação. Utilizando-se de um extenso rol de hipóteses, ele limita e baliza a atuação do gestor público. Os parágrafos desse artigo cuidam de normatizar alguns assuntos, tais como: i) o fracionamento de despesa (§§ 1º e 7º); ii) situações qualificadoras de alteração dos limites de gastos com dispensas de licitação (§ 2º); iii) a dispensa de licitação na forma eletrônica (§ 3º), que, talvez,

possa caracterizar uma inovação processual da Administração Pública; iv) a instituição do cartão de pagamento como meio preferencial de pagamento das dispensas de licitação por valor (§ 4º); v) necessidade de regulamentação sobre a dispensa de licitação para aquisição de produtos para pesquisa e desenvolvimento (§ 5º); e, vi) a definição do conceito de emergência para os fins de dispensas de licitações emergenciais (§ 6º).

Para os fins a que se propõe este artigo, faz-se necessário destacar sobre o art. 75:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva *valores inferiores a R\$ 100.000,00* (cem mil reais), no caso de *obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores*;

II - para contratação que envolva *valores inferiores a R\$ 50.000,00* (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

[...]

§ 3º As *contratações* de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão *preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial*, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a *especificação do objeto pretendido* e com a *manifestação de interesse da Administração* em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. (grifo nosso) (BRASIL, 2021)

Segundo a NLLCA, há duas hipóteses de dispensa de licitação em razão do valor: a) para contratação de obras, serviços de engenharia e manutenção de veículos automotores que envolva valores inferiores a R\$ 108.040,82 (art. 75, I); e b) para contratação de outros serviços e compras não abarcados no inc. I do art. 75, em valores inferiores a R\$ 54.020,41 (art. 75, II) (FERREIRA FILHO, 2022). Ressalta-se que, por força do art. 182 da Lei 14.133/2021, os valores nela fixados serão corrigidos pelo Poder Executivo federal a cada dia 1º de janeiro, tendo como indexador o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Em virtude disso, os limites fixados para a dispensa de licitação em razão do valor poderão ser atualizados, como ocorreu para os exercícios de 2022, nos limites indicados acima, e de 2023, consoante estabelecido no Decreto n.º 11.317, de 29 de dezembro de 2022, o qual atualizou os limites da dispensa de licitação, incisos I e II do art. 75, para R\$ 114.416,65 e R\$ 57.208,33, respectivamente (BRASIL, 2022b).

É com base no § 3º do art. 75 que é inserido no ordenamento jurídico brasileiro a figura da dispensa de licitação na forma eletrônica destinada às dispensas de licitação em razão de valor, que já recebeu críticas por configurar-se, assim, em uma “modalidade de licitação disfarçada” (NIEBUHR, 2021, s.p) ou em uma espécie de “mini pregão” (GROSSMANN, 2021, s.p). Para Nohara (2021, p. 331), essa “previsão causa perplexidade pois ela pretende transformar uma contratação direta em uma espécie de disputa híbrida” onde “não há garantias de quais critérios serão utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa”.

Essas críticas têm fundamento especialmente consolidado a partir do ato regulamentador da dispensa em sua forma eletrônica editado pelo Ministério da Economia: a Instrução Normativa SEGES n.º 67, de 08 de julho de 2021. Em resumo, ao criar o “Sistema de Dispensa Eletrônica” integrante do “Sistema de Compras do Governo Federal”, ela institui, ademais, uma espécie de certame licitatório simplificado, especialmente no que toca a uma fase externa (pública) em que há disputa de lances entre os fornecedores interessados no objeto que cadastraram proposta no prazo (três dias úteis) e forma estabelecidos no instrumento convocatório citado no § 3º do art. 75 (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2021), o que muito se assemelha ao Pregão Eletrônico, que foi recepcionado pela NLLCA e, formalmente, “promovido” a uma modalidade de licitação (art. 28, inc. I).

Quer seja na forma eletrônica, ou não, a instrução dos processos de dispensa de licitação está regulamentada no art. 72. Para Bittencourt (2021, p. 94) este artigo visa à transparência, à regularidade e à licitude do procedimento na medida em que ele estabelece que a Administração deve explicitar, “com detalhes, os motivos que a levaram a não licitar, dispensando ou inexigindo a competição, esmiudando (*sic*) a instrução do processo de contratação direta”. Este artigo da lei apresenta os elementos que devem integrar a instrução da contratação direta em sua fase preparatória, quer seja a dispensa de licitação (com ou sem disputa), ou a inexigibilidade de licitação. São documentos do processo de contratação direta:

Art. 72. [...]

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente. (BRASIL, 2021)

De modo simplificado, e em outras palavras das constantes do art. 72, para Couto e Capagio (2021, p. 266), e consoante correspondência com o texto da lei promovida no Quadro 1, a contratação direta deve contemplar os seguintes elementos:

i) a requisição: comprovada a necessidade do bem ou serviço, deve-se proceder à sua requisição através de documento formal que contemple, dentre outros, a justificativa da contratação e o dimensionamento adequado da aquisição/contratação com estimativa de preço;

ii) a autorização: verificação da disponibilidade financeira e orçamentária, o enquadramento legal e a respectiva justificativa;

iii) o projeto: elaboração de Termo de Referência ou Projeto Básico;

iv) a cotação: sondagem do preço praticado no mercado com, no mínimo, três orçamentos;

v) a escolha: para os casos de dispensa de licitação deve ser elaborado mapa comparativo de preços e escolher o fornecedor com base na proposta mais vantajosa para a Administração. Para a inexigibilidade de licitação se faz necessária a comprovação documental sobre a inviabilidade de competição, juntando-se aos autos a carta de exclusividade quando verificada a hipótese de fornecedor único;

vi) as certidões: análise da regularidade jurídica, fiscal e trabalhista da empresa, bem como da inexistência de impedimentos para contratar com a Administração;

vii) a análise jurídica: manifestação da unidade de consultoria e assessoramento jurídico do órgão ou entidade sobre a legalidade e a legitimidade do procedimento prévio e da futura contratação;

viii) a aprovação: aprovação final, pela autoridade competente, da escolha do fornecedor e sua contratação.

Couto e Capagio (2021)	Correspondência na NLLCA (art. 72)
Requisição	inc. I
Autorização	inc. IV
Projeto	inc. I
Cotação	inc. II e VII
Escolha do fornecedor	inc. VI
Certidões	inc. V
Análise jurídica	inc. III
Aprovação	inc. VIII

Quadro 1 - Quadro de correspondência entre as definições de Couto e Capagio (2021) e a Lei n.º 14.133/2021. Fonte: elaborado pelos autores com base em Couto e Capagio (2021) e Brasil (2021).

Uma contenda instaurada entre os gestores públicos é a realização de estimativa de despesa (art. 72, inc. II), que deve ser elaborada nas hipóteses de contratação direta. Em um primeiro momento, o termo “estimativa de despesa” pode gerar controvérsias, haja vista a habitualidade para com os termos “pesquisa de preços” e “pesquisa de mercado”. Segundo Bittencourt (2021), a estimativa, em um processo licitatório, propicia um parâmetro comparativo para o agente público<sup>3</sup> sobre os preços praticados no mercado, assim como permite à autoridade competente verificar a existência de recursos suficientes para a cobertura das despesas decorrentes da contratação e a formação do preço máximo aceitável da compra/contratação.

O entendimento de Rocha, Vanin e Figueiredo (2021) coaduna ao de Bittencourt (2021), uma vez que fica explicitada a importância da estimativa de despesa para balizar a decisão da autoridade competente sobre a disponibilidade orçamentária-financeira da contratação pretendida, já que essa é uma obrigação imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), em seu art. 16, § 4º.

É necessário dar enfoque sobre a “estimativa de despesa” de que trata o inc. II do art. 72, o qual faz expressa menção, quanto aos seus parâmetros para elaboração, ao art. 23 da NLLCA:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

3 A NLLCA cunhou uma expressão para o agente público que executa o processo licitatório: “agente de contratação” (art. 6º, inc. LX), contudo não o fez para aqueles que conduzem as contratações diretas, e, tampouco, mencionou a figura de um “comprador”. Por essa razão, neste trabalho, optou-se designá-los por “agente público”, expressão que, mesmo despersonalizada, existe no texto da lei (art. 6º, inc. V).

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo Federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

[...]

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. (BRASIL, 2021)

O art. 23 da NLLCA trata do valor “previamente estimado da contratação” e figura na Seção I (Da Instrução do Processo Licitatório) do Capítulo II (Da Fase Preparatória), ou seja, se aplica, inicialmente, aos processos licitatórios, e estabelece como paradigmas para sua determinação

que seja observada a compatibilidade com os preços praticados pelo mercado, devendo-se considerar os bancos de dados públicos, as quantidades a serem contratadas, a economia de escala e as peculiaridades locais da execução do objeto. Elaborado de maneira correta, o valor estimado da contratação “é fundamental para concretizar o princípio do planejamento e viabilizar o êxito da seleção pública” (FERREIRA FILHO, 2022, p. 38).

Informadas as orientações gerais balizadoras da estimativa de preços no *caput* do art. 23, hão de se observar nas contratações diretas, em atenção ao § 4º desse mesmo artigo, as disposições dos seus parágrafos 1º (aquisição de bens e contratação de serviços em geral), 2º (contratação de obras e serviços de engenharia) e 3º (autonomia dos entes federativos em adotar outros parâmetros de estimativa de preços quando não se tratar de compras com recursos da União).

O que se destaca sobre o § 4º é que a impossibilidade de elaborar a estimativa de despesa implica na obrigatoriedade de analisar a conformidade dos preços praticados pelo contratado, permitindo-se a comparação com os preços que tenha praticado para outros contratantes referentes a objeto de mesma natureza através de notas fiscais, ou outro meio idôneo, por ele emitido no período de até um ano da data da contratação pretendida (ROCHA, VANIN, FIGUEIREDO, 2021), mas essa situação deve se aplicar a situações específicas de inexigibilidade de licitação e de algumas hipóteses de licitação dispensável, analisadas caso a caso pela Administração, a exemplo de objetos como a aquisição de peças ou componentes necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica (75, IV, a) e bens ou serviços que envolvam alta complexidade tecnológica e defesa nacional (75, IV, f).

A exceção prevista no art. 23, § 4º, confere flexibilidade à Administração para associar a demanda institucional à *práxis* mercadológica, revestida do cumprimento do princípio da legalidade, o que denota uma política de valorização e estímulo ao caráter empreendedor que o Estado pode assumir, mas que exige, sobretudo, atuação ética do respectivo gestor.

Por se tratar de uma lei nova muitos desafios são inerentes à sua implementação, especialmente no que diz respeito à necessidade de regulamentos a serem editados para sua total aplicação aos casos concretos, o que demanda capacitação para os gestores públicos e operadores da NLLCA, assunto este que será tratado a seguir.

## **2. DESAFIOS PARA AS CONTRATAÇÕES DIRETAS FUNDAMENTADAS NA LEI N.º 14.133/2021**

Jacoby Fernandes e Jacoby Fernandes (2021, p. 10), ao considerarem que a Lei n.º 14.133/2021 traz várias novidades, advertem sobre duas situações que devem ser consideradas nesse contexto: i) a resistência cultural, enquanto



fenômeno inerente às mudanças; e ii) a prática de órgãos e entidades públicos que deixam para a última hora “a capacitação dos seus agentes e a adequação de novos regramentos”.

Furtado (2022) alude que, não obstante alguns temas da NLLCA sejam conhecidos, muitos assuntos ficaram suscetíveis à normatização por meio de atos infralegais, como são os casos de procedimentos da fase preparatória, alocação de riscos, procedimentos da fase de seleção, dentre tantos outros. A título de transparência e controle social, em documento publicado no Portal de Compras do Governo Federal (BRASIL, 2022a), são pontuados 66 assuntos, ou temas, da NLLCA a serem regulamentados.

Destes 66 assuntos, destacam-se 6 que estão diretamente relacionados às contratações diretas que carecem de alguma forma de regulamentação, conforme Quadro 2.

<b>Assunto</b>	<b>Correspondência na Lei n.º 14.133/2021</b>	<b>Observações</b>
Dispensa na forma eletrônica	Art. 75, § 3º	Regulamentado pela Instrução Normativa (IN) SEGES/ME n.º 67, de 8 de julho de 2021.
Composição do valor estimado para contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de contratação direta	Art. 23, § 2º	Regulamentado pela Instrução Normativa (IN) SEGES/ME n.º 72, de 12 de agosto de 2021.
Designação e atuação dos fiscais e gestores de contratos nos processos de contratação direta	Art. 8º, § 3º	Regulamentado pela Instrução Normativa (IN) SEGES/ME n.º 75, de 13 de agosto de 2021.
Participação de pessoa física nas contratações públicas, inclusive na contratação direta	-	Regulamentado pela Instrução Normativa (IN) SEGES/ME n.º 116, de 21 de dezembro de 2021.
Dispensa de licitação para produtos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D)	Art. 75	A ser regulamentado
Sistema de Registro de Preços (SRP), inclusive para os casos de contratação direta	Art. 82, § 6º	A ser regulamentado

Quadro 2 - Temas da Lei n.º 14.133/2021 a serem regulamentados que possuem relação direta com contratação direta. Fonte: elaborado pelos autores em 12/12/2022, com base em Brasil (2022a).

Como se pode observar no Quadro 2, a Instrução Normativa (IN) foi o instituto jurídico adotado pelo governo federal para regulamentar alguns temas da Lei n.º 14.133/2021, inclusive no que diz respeito às contratações diretas. Não é objeto deste estudo promover uma discussão hermenêutica jurídica, mas este fato pode se configurar como um desafio a ser enfrentado por órgãos e entidades de outros entes federativos e poderes, na medida em que esse instituto (a IN) não possui, a rigor, força cogente para além do próprio Poder Executivo federal.

O poder regulamentador da União, consoante inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal de 1988, é adstrito a legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, o que respeita as competências dos demais entes federados.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (BRASIL, 1988)

Para além da possível inaplicabilidade das normas aos demais entes federados e poderes, Furtado (2022, s.p) ainda adverte que há maior incidência de dificuldades operacionais para os municípios no que tange à normatização, mas deixa claro que o desafio posto “se torna maior em razão da falta de servidores qualificados [...], além, da ausência de maturidade na governança organizacional”. Jacoby Fernandes e Jacoby Fernandes (2021, p. 11) também alertam, além da necessidade de capacitação, sobre a importância da colaboração dos órgãos de controle “na correta compreensão dos novos dispositivos legais”.

Resguardadas as devidas competências e atribuições, no âmbito do Poder Judiciário, e no que toca à questão das compras públicas nesse contexto de novo diploma legal, de normatizações, jurisprudências e doutrinas em elaboração, a Resolução CNJ n.º 347, de 15 de outubro de 2020, que instituiu a Política de Governança das Contratações Públicas dos órgãos do Poder Judiciário, aponta uma saída que pode, pelo menos inicialmente, nortear a atuação de seus agentes públicos vinculados, e servir de inspiração:

Art. 15. Os procedimentos relativos às contratações de prestação de serviços para a realização de tarefas executivas sob regime de execução

*indireta devem seguir, preferencialmente, como política de boas práticas, os atos normativos que tratam da matéria editados pelo Governo Federal e Governos Estaduais, quando se tratar de ente estadual. (grifo nosso) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020)*

Adotar os normativos infralegais do governo federal como boas práticas pode caracterizar uma boa solução nesse ambiente de novidades e incertezas, até que seja estabelecido *know-how* suficiente para a institucionalização das próprias normas a serem editadas em função das peculiaridades e realidade de cada órgão ou entidade.

### 3. DISCUSSÕES E PROPOSIÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS

Diante dos desafios inerentes à instituição de uma nova lei, ainda mais exacerbados por sua abrangência nacional, muito se exige dos operadores do direito em termos de flexibilidade e cultura organizacional, capacitação, dentre outras competências necessárias. Policarpo *et al.* (2018) defendem que o contexto de mudança pode gerar reações positivas, como cooperação e engajamento, ou negativas, consubstanciadas no fenômeno da resistência enquanto mecanismo de defesa dos indivíduos.

Referente ao diploma legal de que trata este estudo, “o aprimoramento do regime de licitações e contratações públicas já constitui uma realidade do direito positivo brasileiro” (RODRIGUES, 2018, p. 7). Sob a ótica dos órgãos e entidades públicos deve-se primar pelo atendimento ao interesse público como fim a ser alcançado, e, para tanto, há que se zelar principalmente por um ambiente que seja capaz de gerar reações positivas para todos os *stakeholders*.

Ante tantas novidades advindas da NLLCA, e de algumas lacunas em seu texto, ainda que tenham sido regulamentadas pelo e para o Governo Federal, conforme Quadro 2, com intuito de contribuir para a geração de reações positivas nesses ambientes de incertezas e de necessidade de capacitação, segue-se à consideração sobre passagens da lei que tratam das contratações diretas e que guardam pertinência com o objetivo deste artigo.

Dentre os 22 princípios capitulados no art. 5º da NLLCA, além da menção à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especial atenção deve ser dada aos seguintes: planejamento, transparência, eficácia, competitividade, celeridade e economia, os quais são pertinentes ao modelo gerencialista de Estado, uma vez que, em outras palavras, foram importados do modelo privado de gestão em contraponto às ideias de ineficiência, improdutividade e incapacidade de gestão do Estado (REIS, 2019). Eis que muitos embates podem ser resolvidos retomando-se as intenções do legislador, sobretudo quando se observam os princípios expressos na lei, além daqueles outros que devem nortear a Administração Pública.

Como já praticada no Brasil, a dispensa de licitação, versada na Lei n.º 14.133/2021, somente pode ser processada se caracterizada uma das situações fáticas arroladas nos incisos e/ou alíneas do seu art. 75, portanto não se admitem interpretações ampliativas (PIRES; PARZIALE, 2022). Nesse artigo da lei, as novidades estão mais presentes em seus parágrafos. Na NLLCA a figura do fracionamento de despesa (art. 75, §§ 1º e 7º) reveste-se não mais do intuito de evitar-se a fuga da modalidade de licitação de que trata a lei geral de licitações anterior a esta, mas sim em cumprimento aos “espíritos” de planejamento e de eficácia. Na nova lei, para fins de aferição do fracionamento de despesa foi definida como unidade de análise de dispêndio durante o exercício financeiro a “unidade gestora” (art. 75, §1º, inc. I), o que põe termo a diferentes práticas encontradas no Brasil, como a aferição em função do elemento ou do subelemento de despesa ou da localidade da unidade beneficiária (desconcentrada) da despesa. Por outro lado, a ausência de definição sobre os termos “objetos de mesma natureza” e “mesmo ramo de atividade” tem causado estranheza. Conquanto a IN SEGES/ME n.º 67/2021 tenha tentado dirimir essa questão em seu art. 4º, outras discussões dela surgiram e não foram, até o momento, saneadas, e carecem de uma interpretação muito mais gerencial do que estritamente pautada em uma adoção cerimonial.

Merece destaque, ainda sobre o art. 75, o § 3º, pelo qual foi instituída a figura da dispensa de licitação em razão de valor (art. 75, I e II) na forma eletrônica, mediante a utilização de sistema próprio criado pelo governo federal, em que é possível aos fornecedores interessados disputarem preços em uma sessão pública. A figura da dispensa de licitação na forma eletrônica muito se assemelha ao pregão eletrônico (NOHARA, 2021; GROSSMANN, 2021) e, por isso, seus benefícios (p. ex.: economia e ampliação do caráter competitivo) e desvantagens (p. ex.: atravessadores e desestímulo ao desenvolvimento local) estarão presentes nos processos eletrônicos de dispensa de licitação que optarem pela fase de disputa entre os fornecedores.

Adotando-se como referência o *modus operandi* da dispensa de licitação tradicional, a dispensa eletrônica com disputa pode não ser tão célere em alguns casos, haja vista a necessidade de atendimento aos prazos processuais estabelecidos e a sua operacionalização no sistema. Contudo, mesmo não sendo a forma mais adequada de comparação, ao se adotar como referência as modalidades de licitação, ela se apresenta mais célere em virtude de seus prazos processuais menores e seu rito simplificado. Portanto, e considerando tratar-se de uma faculdade a fase de disputa entre fornecedores, o gestor público deverá, estrategicamente, sopesar e institucionalizar em quais hipóteses ou situações será pertinente adotá-la, o que deve ser feito em prestígio às peculiaridades do órgão e, não necessariamente, de maneira isomórfica ou irrefletida.

Não obstante Nohara (2021, p. 331) advertir sobre a dispensa de licitação na modalidade eletrônica configurar-se um mecanismo perigoso e desafiador, dada a sua subsunção a caprichos dos gestores e ausência de regulamentação sobre critérios preestabelecidos para a seleção da proposta mais vantajosa, o mesmo ocorre para os processos não eletrônicos. Ao contrário da dispensa não eletrônica, em que os atos são publicados para se garantir a sua eficácia, a própria autora concorda que o princípio da transparência está presente na dispensa eletrônica. Assim, capricho por capricho, melhor a transparência à publicidade, pois os sistemas de controle, especialmente o social, são beneficiados, além da própria moralização dos gastos públicos.

No que tange aos documentos que devem ser elaborados para a contratação direta, aqueles arrolados no art. 72, percebe-se a obrigatoriedade de planejamento imposta pela NLLCA tal como cogente se faz nos processos licitatórios (BITTENCOURT, 2021), o que coaduna aos princípios citados anteriormente. Nessa toada, o planejamento também se consubstancia nos documentos de que tratam o inciso I do art. 72. Especial atenção para este inciso já que, apenas o “documento de formalização de demanda” (DFD) se faz obrigatório nesses processos, sendo facultada a elaboração do “estudo técnico preliminar” (ETP), da “análise de riscos” (AR), do “termo de referência” (TR), do “projeto básico” (PB) ou do “projeto executivo” (PE), o que dependerá do objeto a ser contratado. Ressalte-se que a própria lei define e orienta sobre esses instrumentos de planejamento.

A própria natureza dos objetos a serem adquiridos deverá indicar quais documentos de planejamento deverão ser elaborados nas contratações diretas, além das diretrizes consolidadas em jurisprudências que existem e que, ainda, serão editadas. Por exemplo, um gestor público pode entender que um objeto de natureza simples, como a recarga de um botijão de gás, não carece da elaboração de TR, ao passo que outro pode exigi-lo. E ambos estarão corretos à luz da Lei n.º 14.133/2021. Contudo, é necessário sopesar com cautela sobre esses documentos de planejamento na medida em que se pode estar alimentando disfunções do modelo burocrático que encarnam valores antieconômicos e não céleres, incompatíveis com os princípios da NLLCA.

Uma contenda instaurada entre os gestores públicos é a realização de estimativa de despesa (art. 72, inc. II) com base nos mesmos critérios definidos para os processos licitatórios. A rigor, esse documento deve(ria) ser elaborado para todas as hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação) segundo a redação do *caput* do art. 72. Contudo, o termo “estimativa de despesa” pode gerar controvérsias, haja vista a habitualidade para com os termos “pesquisa de preços” e “pesquisa de mercado”.

Segundo Bittencourt (2021), a estimativa, num processo licitatório, propicia um parâmetro comparativo para o agente público sobre os preços

praticados no mercado, assim como permite à autoridade competente verificar a existência de recursos suficientes para a cobertura das despesas decorrentes da contratação e estabelece o preço máximo aceitável pela Administração. Tomando emprestado este entendimento, faz mais sentido, perseguindo uma finalidade gerencial, existir a “estimativa de despesa” quando se tratar de uma dispensa de licitação que prevê disputa de lances entre fornecedores interessados no objeto, o que somente ocorrerá para os casos tipificados nos incisos I e II do art. 75 da NLLCA quando operacionalizados na forma eletrônica, isso porque serão percebidas as funções anteriormente citadas e, ainda, a de planejamento (FERREIRA FILHO, 2022). Para todos os efeitos, a realização da estimativa de despesa conforma uma fase externa (consulta ao mercado), que será seguida de mais uma fase externa (disputa eletrônica).

Na dispensa de licitação em que não há disputa de lances entre fornecedores, que inclui a dispensa em razão de valor (art. 75, incisos I e II), procede-se à consulta ao mercado com as empresas previamente selecionadas pelo agente público e, geralmente, dentre as propostas de preços apresentadas à Administração (fase externa) a contratação do objeto é realizada com o fornecedor que ofertar a proposta mais vantajosa, normalmente a de menor valor, e cumprir os requisitos legais de habilitação sem, ressalvados os casos de empate, haver “disputa” de lances entre os interessados.

Essa *práxis* de cotejamento entre as propostas apresentadas pelos fornecedores não configura, assim, a elaboração de uma estimativa de despesa, uma vez que, não são vislumbradas duas das três funções defendidas por Bittencourt (2021): balizar a atuação do agente público em um certame e a formação do preço máximo aceitável, vez que não há uma disputa em que está estabelecido o limite que a Administração aceita dispende pela compra/serviço.

No contexto de uma dispensa de licitação sem disputa, esse recebimento de propostas e sua comparação guardam mais relação com os documentos que tratam da “razão da escolha do contratado” (art. 72, VI) e da “justificativa do preço” (art. 72, VII). A “razão da escolha do contratado” e a “justificativa do preço” estão relacionadas ao fato de que, dentre as propostas recebidas pela Administração na ausência de um processo público de disputa, foi escolhido determinado contratado em virtude da comparação qualitativa e quantitativa de sua proposta para com a de seus concorrentes. Assim, a despesa não foi estimada pelo agente público em um “universo de possibilidades”, mas sim elegida por ele dentre aquelas empresas previamente selecionadas. Logo, não se trata de um instrumento de planejamento, pois é a execução, sem integral planejamento, da solução demandada pela Administração.

Portanto, pugnar por esse procedimento de consulta ao mercado e escolha do fornecedor como uma estimativa de despesa revela mais uma

adoção cerimonial alicerçada em mitos institucionalizados, o que destoa dos princípios da NLLCA. Isso não significa que não deve haver a consulta ao mercado selecionado, ao contrário, é a única forma de se obter propostas aptas ao atendimento da demanda pública. Contudo, essa prática não consubstancia uma estimativa de despesa enquanto instrumento de planejamento, conquanto seja uma pesquisa de preços indispensável à instrução processual.

Comparando as duas hipóteses (dispensa de licitação com e sem disputa), percebe-se que a dispensa de licitação com disputa, obrigatoriamente na forma eletrônica, possui, pelo menos, duas fases externas (consulta ao mercado e disputa entre fornecedores), ou seja, uma fase a mais que a tradicional. Nesse ínterim, há que se sopesar, caso a caso, entre os princípios da celeridade e da transparência.

Não é intuito deste trabalho analisar estatutos infralegais, porém é necessário pontuar que a IN SEGES/ME n.º 67/2021, ao determinar a possibilidade de a estimativa de despesa ser realizada concomitantemente à seleção da proposta economicamente mais vantajosa (art. 16, § 1º), resolve essa contenda entre a celeridade e a transparência, porém cria uma contradição com o texto do § 3º do art. 75 da Lei n.º 14.133/2021, pois nele está firmado, por força da expressão “obter propostas adicionais de eventuais interessados”, que não se pode ir a certame sem proposta alguma. Ademais, esse processo de “simplificação” da estimativa de despesa faz com que a Administração, durante um processo em regime de disputa eletrônica de lances, se torne refém dos mandos e desmandos dos fornecedores participantes do certame, além de tornar cerimonial a elaboração desse documento como se se tratasse de um processo na forma não eletrônica.

Outra discussão sobre a elaboração da estimativa de despesa nas contratações públicas é a sua aplicabilidade nos casos de inexigibilidade de licitação. Como este não é o foco do trabalho, não serão tecidos muitos comentários. Entretanto, se o instituto da inexigibilidade na NLLCA tem como características a inviabilidade de competição, a exclusividade e/ou a notória especialização, não é lógico que o seu objeto possa ser alvo de comparação com o mercado (COUTO; CAPAGIO, 2021) e, por conseguinte, da elaboração de uma estimativa de despesa. Em contraponto à estimativa de despesa para os casos de inexigibilidade de licitação há que se observar o documento da justificativa de preço (art. 72, inc. VII da Lei n.º 14.133/2021), com o fito de se demonstrar que “o preço ajustado é compatível com os preços praticados no mercado”, devendo ser concretizada “por intermédio de comprovações fidedignas” (BITTENCOURT, 2021, p. 109-110).

Uma celeuma a ser analisada é a elaboração da estimativa de despesa como se uma licitação fosse, em atendimento aos parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 da Lei n.º 14.133/2021, para os casos de dispensa de licitação. Depreende-se que quando a fundamentação for o art. 75,

inc. I (obras, serviços de engenharia e manutenção de veículos), deverão ser observadas as disposições do art. 23, § 2º, para fins de elaboração da estimativa de despesa. Ao seu turno, em se tratando de contratações ancoradas no art. 75, inc. II (outros serviços e compras), o art. 23, § 1º, deverá ser prestigiado.

Todavia, retoma-se que não faz sentido elaborar a estimativa de despesa para uma dispensa sem disputa consoante define o § 1º do art. 23, vez que a contratação nesse molde se processa diretamente com o fornecedor que atendeu aos requisitos de habilitação e apresentou a proposta mais vantajosa segundo os critérios estabelecidos no(s) instrumento(s) de planejamento da contratação. E, nesta linha de raciocínio, os parâmetros de estimativa de despesa capitulados nos incisos I (contratações registradas no PNCP ou banco de preços), II (contratações similares feitas pela Administração Pública), III (pesquisa em mídia especializada, tabela de referência, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo) e V (pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas) do § 1º do art. 23, não constituem, por si sós, propostas aptas à contratação imediata pela Administração Pública, motivo pelo qual estes não deveriam ser tratados como proposta de preço nos casos de dispensa de licitação sem disputa.

Verifica-se empiricamente, ante a necessidade de robusta análise mercadológica, a afinidade do instituto da estimativa de despesa com as práticas do setor privado, o que também é um dos intuitos da NLLCA, consoante art. 40, inc. I. Isso também sugere que a ausência desse documento, referencial para a atuação do agente público na fase de julgamento das propostas, dá margem para a execução de perversidades típicas do modelo neoliberal, em que o agente público fica à mercê da existência de disputa (mais de um interessado no objeto) e da atuação ética de quem está disputando (não haver conluio entre as empresas, apresentarem propostas exequíveis e sem sobrepreço etc.).

Última consideração deste tópico é no sentido de incitar uma reflexão sobre a necessidade, ou não, da estimativa de despesa nas contratações do art. 75, I e II, que forem pagas mediante a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF), consoante dispõe o art. 75, § 4º da Lei n.º 14.133/2021. Desconhecidas as reais intenções do legislador, pode ter sido um equívoco referenciar o pagamento de despesas utilizando-se o CPGF, já que este é um dos meios de pagamento do Suprimento de Fundos (gênero), que contempla duas espécies: o CPGF e a conta tipo “b” (BRASIL, 2008). Conquanto aparente que essa lei tenha sido elaborada visando ao Poder Executivo federal, sua abrangência é nacional e, portanto, deveria abarcar as situações conhecidas e previstas de todos os poderes e entes federados.

Considerando os princípios da NLLCA, aparentemente, não é pertinente, que as compras diretas realizadas via Suprimento de Fundos



sejam submetidas ao rito do seu art. 72, portanto desnecessária também é a elaboração da estimativa de despesa nesses casos, em razão de revestir-se de características contrárias à celeridade, à eficácia e à economia. Claramente, essa previsão legal possui relação com o intento dessa lei de aproximar as formas de aquisição e pagamento da Administração Pública às do setor privado (art. 40, I), o que merece especial reflexão por parte dos gestores públicos, porquanto esse tema ainda não foi regulamentado.

## CONCLUSÃO

Em contraponto a uma lei que já “não consegue instrumentalizar o administrador público para lidar com os problemas atuais que a sociedade moderna impõe”, a Lei n.º 14.133/2021 é vista como um “presente” que “promete ser um instrumento relevante para otimizar a atividade administrativa” (FERREIRA FILHO, 2022, p. 7). Não por acaso, as novidades e possíveis inovações capitaneadas pela NLLCA, mesmo diante de uma *vacatio legis* de dois anos, estão exigindo capacitação e debates dos operadores do direito e dos gestores públicos (JACOBY FERNANDES; JACOBY FERNANDES, 2021).

Dentre muitos assuntos que carecem de debate e estudos acadêmicos e científicos sobre a NLLCA, este trabalho envidou esforços em discutir pontos referentes à dispensa de licitação, tema este trazido com riqueza de novidades, as quais, pugna-se, sempre, pela sua interpretação e aplicação, com parcimônia ante o real interesse público, consoante os princípios insculpidos no diploma, que revelam um espírito mais voltado ao gerencialismo estatal, inclusive prestigiando valores neoliberais.

Este trabalho também apresentou interpretações, sob uma ótica mais gerencial, sobre a mudança de paradigma quanto ao instituto do fracionamento de despesa; o rito estabelecido para as contratações diretas, com foco na dispensa de licitação, que revelam o planejamento como característica a ser perseguida pela Administração Pública; a desnecessidade do cumprimento integral do rito estabelecido no art. 72 nos casos de pagamento de despesas efetuadas com o Cartão de Pagamentos do Governo Federal (CPGF); a contradição entre o texto da lei e de sua regulamentação no que diz respeito à desnecessidade da elaboração da estimativa de despesa para as dispensas de licitação com disputa.

Um assunto bastante discutido neste trabalho foi a “estimativa de despesa” enquanto documento de presença obrigatória na instrução dos processos de dispensa de licitação, que deve ser elaborado nos mesmos moldes de um processo licitatório. Destacam-se, dentre alguns resultados, que esse instrumento é imperioso para o planejamento da Administração Pública (FERREIRA FILHO, 2022), e que possui, ao menos, outras três

funções: a) balizar a atuação do agente público como um “parâmetro comparativo”; b) orientar a tomada de decisão pela autoridade competente sobre a disponibilidade orçamentária-financeira da contratação pretendida; e c) serve como base para a formação do preço máximo aceitável da compra/ contratação (BITTENCOURT, 2021).

Nesse assunto da elaboração da estimativa de despesa, conclui-se: i) pela sua obrigatoriedade, nos termos da lei, em qualquer forma de dispensa de licitação: com ou sem disputa em sessão pública; contudo ii) nos casos de dispensa de licitação sem disputa (tradicional ou eletrônica sem disputa), aparenta tratar-se de uma adoção cerimonial, o que deve ser combatido na medida em que isso introduz disfunções burocráticas e afasta o real interesse público contemporâneo e se traduz, na verdade, em uma pesquisa de preços; e iii) de integral aplicabilidade nos casos de dispensa eletrônica com disputa pública, vez que suas funções de planejamento (orientar tomada de decisão sobre disponibilidade orçamentária-financeira) e execução (balizar atuação do agente público) são, de fato, aplicadas.

Também foram tecidas considerações sobre os parâmetros para elaboração da estimativa descritos no art. 23, tendo-se defendido que não há sentido lógico que esse documento seja elaborado consoante determina o § 1º do art. 23 nos casos de dispensa de licitação sem disputa fundamentada no art. 75, inc. II, pois eles, emprestados do rito do processo licitatório, tornam-se ineficazes na instrução processual, pois não constituem propostas hábeis à contratação direta pela Administração.

No que diz respeito à dispensa na forma eletrônica, com o intuito de se estabelecer a disputa entre os fornecedores em potencial, dada a inaplicabilidade cogente da IN SEGES/ME n.º 67/2021 para os órgãos e entidades públicos não integrantes do Poder Executivo Federal, uma sugestão é institucionalizá-la, no que couber, a título de boas práticas no âmbito da governança das contratações, assim como feito pelo Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário, até que, angariada prática, o *know-how* possibilite a edição de normas próprias se assim for de interesse de cada Administração. O que não se deve é deixar os agentes públicos sem o devido amparo legal no exercício de suas atribuições.

Não se pode deixar de concluir que a NLLCA, conforme os recortes deste estudo demonstraram, por possuir um “espírito” gerencialista, deve ser empregada de maneira consciente e fundamentada, pois é necessário que a Administração Pública não se torne refém do mercado, nem “deseje ser” como ele, pois o interesse privado não é capaz de tutelar os interesses da coletividade, na medida em que “uma obsessão com eficiência pode significar a subordinação de objetivos sociais a objetivos econômicos que podem conduzir a organização de uma moralidade econômica para uma imoralidade social” (MINTZBERG, 1982, p. 105, tradução nossa).

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor. *A origem da Nova Lei de Licitações*. ONLL – Observatório da Nova Lei de Licitações, 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/03/25/a-origem-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 07 dez. 2022.

BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, de 30 de junho de 2016 – Lei Das Estatais*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273822/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 6.370, de 1º de fevereiro de 2008*. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, e determina o encerramento das contas bancárias destinadas à movimentação de suprimento de fundos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6370.htm#art3](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6370.htm#art3). Acesso em: 26 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm). Acesso em: 07 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Painel de Compras do Governo Federal, 2022*. Plataforma geral de compras públicas no Brasil. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra>. Acesso em: 08 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Portal de Compras do Governo Federal, 2022a*. Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021; atualizada em 09/08/2022. Disponível em: < [https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/Relatorio\\_regulamentos\\_14133\\_PORTAL\\_09.08.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/Relatorio_regulamentos_14133_PORTAL_09.08.pdf) >. Acesso em 08 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.º 11.317, de 29 de dezembro de 2022, 2022b*. Atualiza os valores estabelecidos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/D11317.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11317.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n.º 347, de 13 de outubro de 2020*. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3518> . Acesso em: 13 dez. 2022.

COUTINHO, Debora de Oliveira; FERNANDES, Andre Dias. A nova Lei de Licitações, as encomendas tecnológicas e o diálogo competitivo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 3, 2021.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do Canto. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598223. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598223/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

ESPÍRITO SANTO. Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo. *Nova Lei de Licitações traz inovações para o planejamento de compras e contratações de órgãos públicos*. 2021. Disponível em: < <https://www.mpc.es.gov.br/2021/08/nova-lei-de-licitacoes-traz-inovacoes-para-o-planejamento-de-compras-e-contratacoes-de-orgaos-publicos/#:~:text=Em%20vigor%20desde%201%C2%B0,e%20a%20modalidade%20di%C3%A1logo%20competitivo> >. Acesso em: 07 dez. 2022.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada*. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622593/> . Acesso em: 21 dez. 2022.

FURTADO, Madeline Rocha Victor. *A regulamentação da Lei nº 14133/2021 – o que ainda virá por aí?*, 2022. Disponível em: < <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/02/as-regulamentacoes-da-lei-no-14-133-2021-o-que-ainda-vira-por-ai/> > . Acesso em: 08 dez. 2022.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. *Compras públicas sem licitação passam a exigir pregão eletrônico*, 2021. Convergência Digital. Disponível em < <https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Compras-governamentais/Compras-publicas-sem-licitacao-passam-a-exigir-pregao-eletronico-57795.html?UserActiveTemplate=mobile> > . Acesso em: 08 dez. 2022.

HAAB, Augusto. *Breves considerações históricas da tramitação da nova lei de licitações e contratos administrativos*, 2021. Migalhas. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/343217/consideracoes-historicas-sobre-a-lei-de-licitacoes> > . Acesso em 07 dez. 2022.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Lei n.º 14.133/2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 576 p. (Coleção Jacoby Fernandes de Direito Administrativo, v. 1). ISBN 978-65-5518-212-5.

MAFISSONI, Viviane. *Infrações e sanções na nova lei de licitações*: as inovações. 2021. Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: 07 dez. 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Instrução Normativa n.º 67, de 8 de julho de 2021*. Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seges/me-n-67-de-8-de-julho-de-2021-330985107> > . Acesso em: 08 dez. 2022.

MINTZBERG, Henry. *A Note on That Dirty Word 'Efficiency'*. Interfaces, vol. 12, n. 5, 1982, pp. 101–05. JSTOR. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25060327> . Acesso em: 3 mar. 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada*, 2021. Blog Zênite. Disponível em [https://zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarçada/?doing\\_wp\\_cron=1670467230.3679769039154052734375](https://zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarçada/?doing_wp_cron=1670467230.3679769039154052734375) . Acesso em: 08 dez. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de licitações e contratos*: comparada. 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Thaís Lourenço Santos. *Possibilidade de dispensa de licitação em tempos de pandemia*: necessidade e consequência. IN: JUNIOR, Clodoaldo Moreira dos Santos; PINTO, Mychelle Borges Pereira (org). *Conhecimento, Direitos Sociais e Expressão Humana no Direito Privado e Público*. Goiânia: Centro Universitário de Goiás UNIGOIÁS, 2022. p. 104-114. Disponível em: < [https://unigoias.com.br/wp-content/uploads/livro\\_pos-pesquisa-direito.pdf#page=104](https://unigoias.com.br/wp-content/uploads/livro_pos-pesquisa-direito.pdf#page=104) > . Acesso em: 08 dez. 2022.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PARZIALE, Aniello. *Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei n.º 14.133, de 1º de Abril de 2021*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556274416. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274416/> . Acesso em: 12 dez. 2022.

POLICARPO, Renata Veloso Santos et al. Liderança e reações individuais à mudança organizacional. *Revista Ciências Administrativas*, v. 24, n. 2, 2018.

REIS, Tiago Siqueira. Expropriação do funcionalismo público: o gerencialismo como projeto. *Revista Katálisis*, v. 22, p. 80-89, 2019.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. A Nova Lei de Licitações. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598230. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598230/>. Acesso em: 15 dez. 2022.



RECEBIDO EM: 24/03/2023

APROVADO EM: 24/05/2023

# O DEVEDOR CONTUMAZ E OS *VETO PLAYERS*

## *THE STUBBORN DEBTOR AND THE VETO PLAYERS*

*Liziane Angelotti Meira*<sup>1</sup>

*Achilles Linhares de Campos Frias*<sup>2</sup>

*Benjamin Miranda Tabak*<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Devedor Contumaz: conceito e contexto. 2. O Projeto de Lei; 2.1 Contexto Histórico. 2.2 Combate ao Devedor Contumaz: o Projeto de Lei no 1.646/2019). 3 Tramitação do

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo . Mestre e Especialista pela Universidade de Harvard. Professora, Pesquisadora e Coordenadora Adjunta do Mestrado em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

<sup>2</sup> Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Políticas Públicas e Governo pela Fundação Getúlio Vargas.

<sup>3</sup> Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Professor e Coordenador do Mestrado em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).



Projeto de Lei no 1.646/2019; 4. Os *Veto Players* e o PL no 1646/2019. 4.1 Contextualização. 4.2 Os Veto Players: conceito. 4.3 A Carga Tributária Brasileira; 4.4 Sobre a Sonegação Fiscal no Brasil. 4.5 A Cultura dos Parcelamentos Especiais – “REFIS”. 4.6 A Política Pública de Combate ao Devedor Contumaz e os Veto Players. Conclusão. Referências.

**RESUMO.** O escopo do presente estudo é examinar a figura do devedor contumaz, ainda sem regramento no âmbito da legislação federal brasileira, bem como o Projeto de Lei no 1.646/2019, que visa a suprir tal lacuna. Define-se devedor contumaz como o contribuinte que deliberada e regularmente deixa de recolher o tributo devido, com o intuito de obter vantagem competitiva, afetando o ambiente concorrencial. Verifica-se que, em razão dos interesses públicos e sociais envolvidos, cabe ao Estado coibir a atividade perniciosa e predatória do devedor contumaz. Identifica-se, ainda, a atuação de *veto players* no sentido contrário à aprovação da referida política pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Devedor Contumaz. Tributação. Sonegação. Concorrência Desleal. Veto Players.

**ABSTRACT.** The present study addresses the issue of the Stubborn Debtor, which is still without regulation in the scope of the Brazilian Federal Legislation, as well as the Law Project 1,646/2019, that aims to fill this gap. A Stubborn Debtor is defined as a taxpayer who deliberately and regularly fails to pay taxes, in order to obtain a competitive advantage, affecting the competitive environment. We found that, due to the public and social interests involved, it is up to the State to curb the pernicious and predatory activity of the Stubborn Debtor. The role of veto players was also identified, in the opposite direction preventing the approval of this Public Policy.

**KEYWORDS:** Stubborn Debtor. Taxation. Evasion. Unfair Competition. Veto Players.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a figura do devedor contumaz, ainda sem regramento no âmbito da legislação federal brasileira, e o Projeto de Lei no 1.646/2019, concebido com o intuito de suprir essa relevante lacuna.

O referido Projeto de Lei, de iniciativa do Poder Executivo, ganha relevo no momento atual, sobretudo pela possibilidade de obter recursos financeiros que ajudarão na recuperação da economia, por meio de uma política pública para combater devedores que atuam no campo da ilicitude.

O devedor contumaz será abordado como o contribuinte que deliberada e regularmente deixa de recolher o tributo devido com o intuito de obter vantagem, afetando o ambiente concorrencial, os interesses públicos e sociais.

Nesse contexto, partiremos da premissa de que há empresas que adotam como estratégia de negócios o não recolhimento reiterado e substancial de tributos, para obter vantagem competitiva desleal e predatória. Far-se-á necessário também, como elementos de fulcro para as nossas inferências, tratar da carga tributária brasileira, da sonegação fiscal e ainda dos parcelamentos fiscais.

Quando à metodologia, o embasamento teórico da pesquisa encontra-se em livros, artigos acadêmicos, publicações de organismos nacionais e internacionais e também notícias políticas veiculadas pela mídia especializada e pela própria Administração Pública, em especial a Câmara dos Deputados.

Considerando o contexto apresentado, examinaremos o Projeto de Lei no 1.646/2019, apresentado no bojo da recente discussão da Reforma Previdenciária, observaremos a existência de *veto players* à política inserida.

Assim, a pesquisa desaguará sobre a necessidade de combate à atitude do devedor contumaz, política que no Brasil não encontrou ainda consubstanciação jurídica no Brasil.

## 1. DEVEDOR CONTUMAZ: CONCEITO E CONTEXTO

É importante ter presente que, de forma geral, é comum nos Estados modernos que as pessoas ostentem direitos e se sujeitem a deveres face ao ente estatal, dentre tais deveres está o pagamento de tributo, o que as transformam em contribuintes. Nessa esteira de pensamento, as observações de Meira (2012, p. 231/232) de que a existência do Estado e o desenvolvimento de suas atribuições representam um grande custo que deve ser dividido de forma justa entre os cidadãos, logo “imprescindível que as pessoas contribuam, paguem o custo do Estado e de suas atividades” (MEIRA, 2012, p. 232). Ademais, a relevância dos gastos públicos e a necessidade de alocar com equidade o respectivo ônus se tornam ainda mais evidentes em momentos

de crise, como a pandemia do Covid-19, nesse sentido as conclusões de Meira, Tabak, Santana, e Croope (2021, p. 408).

Assim, o contribuinte que dolosamente deixa de pagar tributos de forma continuada, planejada e sistêmica não somente se beneficia da situação e onera o erário, como também prejudica o Estado e a sociedade. Trata-se de uma típica falha sistêmica que não é corrigida automaticamente pelo mercado.

A legislação brasileira possui muitas lacunas que permitem a alguns devedores - muitos com assessoria especializada em planejamento tributário, ou seja, justamente aqueles com alta capacidade contributiva - adotar posturas elisivas, inclusive, por meio da constituição de empresas. Esses devedores conseguem ampliar a margem de lucro, porque dela não excluem a carga tributária, promovendo assim uma concorrência desleal e predatória (BECHO; SIMÕES; FEDERIGHI, 2021).

Na legislação brasileira atual, essa atuação planejada não se sujeita à aplicação da lei penal. Isso porque o não pagamento de tributos não configura em si tipo penal.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus no 163.334, foi estabelecida, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a seguinte tese: “O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). A posição do STF é importante em razão do reconhecimento da figura do devedor contumaz, contudo mister consignar que a decisão não foi para reconhecer o comportamento do devedor contumaz como crime *per se*. Ao contrário, serviu para restringir, somente ao caso de contumácia e dolo, o tipo penal previsto para o responsável tributário que se apropriar de valor referente a tributo descontado ou pago pelo contribuinte.

Por sua vez, existe um tipo penal para a sonegação tributária, que é prevista como crime, mas esta pressupõe não somente o não pagamento, mas também o desvirtuamento das informações relativas às operações relativas ao fato gerador da obrigação tributária.

A figura do devedor contumaz, por vezes, é classificada de maneira genérica como uma forma de planejamento tributário. Anote-se que, no Brasil, a despeito dos grandes esforços mundiais para combater o planejamento tributário abusivo,<sup>4</sup> há uma tendência, inclusive no âmbito do processo administrativo,<sup>5</sup> de aceitar o planejamento tributário, ainda que elisivo, em face do princípio da legalidade tributária, e também da legalidade penal.

Cumpramos anotar ainda que, para algumas condutas elisivas mais perniciosas, a legislação tributária por vezes determina sanções que extrapolam

4 Conforme se verifica no “BEPS Actions (OCDE, s.d.).

5 Conforme se pode observar no Acórdão do CARF nº 1101-00.708, mesmo os tribunais administrativos aceitam em grande medida o planejamento tributário elisivo (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, 2012).

o aspecto tributário, como interdição de estabelecimento, o perdimento de mercadorias e a interdição de atividades. A jurisprudência brasileira, em regra, tem se posicionado contra essas sanções. O entendimento é que tais sanções, ao se caracterizarem como coerção ao pagamento de tributos, seriam desproporcionais e ilegítimas por violarem direitos fundamentais dos contribuintes. Essas sanções têm recebido da jurisprudência a alcunha de “sanções políticas”.

Vale registrar, contudo, que o próprio STF aceitou essas sanções, especificamente a cassação do registro de funcionamento, de estabelecimento destinado à fabricação e comercialização de cigarros. O STF julgou legal e legítima a sanção política contra a empresa American Virginia por falta de recolhimento de IPI. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013) Contudo, trata-se de uma decisão em caso excepcional, em que foi considerada não somente a contumácia, mas também o setor (indústria tabagista, nociva à saúde) e ainda os grandes valores devidos e o pesado impacto na concorrência. Na grande maioria dos casos, a denominada “sanção política” tem sido cabalmente afastada pelo Judiciário.

Assim, se o devedor contumaz declarar corretamente as suas operações, não se constitui qualquer crime, não se aplicam, em regra, “sanções políticas” sujeitando-se esse devedor unicamente à cobrança da dívida tributária.

Por sua vez, o processo de cobrança tributária é bastante moroso, podendo se arrastar por muitos anos. O contribuinte que queira protelar o pagamento de tributos federais tem a sua disposição o processo administrativo fiscal. Caso o resultado do processo administrativo o desagrade, o devedor pode ainda recorrer ao Judiciário. Segundo estudo da ETCO (2019), o tempo médio das etapas administrativas e judiciais era, em 2017, de 18 anos e 11 meses. Portanto, somente o processo administrativo fiscal conjugado ao processo judicial no Brasil já disponibilizam ao devedor contumaz um instrumento muito eficaz de protelação de suas dívidas tributárias. Ademais, percorrida toda essa *via crucis*, não é raro que se descubra que a empresa, além de não ter patrimônio, é representada legalmente por alguém que apenas emprestou seu nome para a operação, pessoa conhecida popularmente como laranja.

Nessa perspectiva, o devedor contumaz de tributos se conforma em uma figura que se aproveita dessas condições para ganhar dinheiro rapidamente e de maneira ilícita. Ele faz do não pagamento de tributos tática para alavancar economicamente seu negócio. Assim, informa os tributos devidos ao Fisco, para não correr o risco de ser enquadrado no crime de sonegação, mas não recolhe esses tributos (ETCO, 2021).

Nessa esteira, o devedor contumaz constrói obstáculos para as ações de cobrança, com o objetivo protelar os tributos e, conseqüentemente, lucrar. Outra estratégia desse devedor, segundo o Relatório da ETCO (2021), é,

diante da iminência do aparato estatal efetivar a cobrança, abandonar a empresa, muitas vezes em nome de interposta pessoa (apelidada vulgarmente de “laranja”) e montar outra em nome de outro, reiniciando esse processo de fraude e concorrência desleal.

Ainda de acordo com o relatório da ETCO (2021), há devedores contumazes em diversos tipos de negócio, porém eles se concentram mais em segmentos de demanda mais intensa, com carga tributária alta e margem de lucro mais baixa, especialmente nos setores de combustíveis, bebidas, cigarros e medicamentos. A demanda alta permite vender grandes volumes rapidamente – e lucrar na mesma velocidade. Quanto maior a carga tributária, mais vantagem há em não pagar tributo e, de acordo com os levantamentos da ETCO (2021), se a margem de lucro do segmento é baixa, os concorrentes honestos não conseguem reduzir seus preços e acabam sendo expelidos do mercado.

No mesmo sentido das conclusões da ETCO (2021), o estudo “Estimativa do Potencial Tributário do Segmento de Combustíveis no Brasil”, realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) por solicitação da Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência (Plural). Esse estudo (FGV, 2019) mostrou o impacto causado pela inadimplência em comparação aos principais tributos, como o ICMS e a Contribuição para o PIS/Cofins. Concluiu-se que a União e os governos estaduais deixaram de arrecadar mais de R\$ 7,2 bilhões em impostos em 2018 devido à sonegação e inadimplência. A importância da tributação para o setor de combustíveis está no peso que esse fator tem na composição dos preços (FGV, 2019).

Muito relevante fazer a distinção entre o devedor contumaz e o devedor eventual de tributos. Muitas vezes, empresários honestos se sentem compelidos a deixar de recolher seus tributos em razão de dificuldades momentâneas nos negócios. Adotam a prática por período curto, não a utilizam como artifício para praticar preços predatórios e demonstram intenção em quitar os débitos no futuro. A inadimplência contumaz, ao contrário, como observou Möller (2014), não está relacionada a fatores externos ou involuntários, mas é realizada de forma planejada, como estratégia de mercado, gerando um desequilíbrio concorrencial claro, pois não considera o tributo no preço.

A prática do devedor contumaz prejudica a empresa concorrente que recolhe os tributos de maneira correta. Além disso, o dinheiro não recolhido falta para o financiamento de projetos de interesse de toda a população. Por outro lado, para suprir essa lacuna orçamentária, o Estado costuma optar por aumentar a carga tributária sobre os demais cidadãos, gerando um ciclo vicioso muito prejudicial à sociedade, aos consumidores e aos próprios produtores, que se sentem mais estimulados à evasão.

Godoy e Basso (2014), em estudo sobre o setor tabagista, observaram que, embora o contrabando tenha uma proporção alta neste setor do mercado ilegal, também estão à margem da lei os cigarros produzidos por empresas devedoras contumazes de tributos.

Assim, define-se devedor contumaz como o contribuinte que deliberada e regularmente deixa de recolher o tributo devido com o intuito de obter vantagem competitiva, afetando o ambiente concorrencial.

Anote-se também que não é o próprio mercado, nem sua mão invisível que podem resolver esse imbróglio, assim, cumpre ao Estado, por meio de sanções administrativo-tributárias e também por meio de sanções de Direito Penal, coibir essa atitude dolosa e predatória que se choca com os interesses públicos e sociais.

Com essa perspectiva, passamos ao próximo item deste estudo, e nos dedicamos à análise mais detida do Projeto de Lei concebido para trazer sanções específicas para a atuação do devedor contumaz.

## **2. O PROJETO DE LEI**

### **2.1. Contexto histórico**

Para se entender os esforços normativos no Brasil ante a figura do devedor contumaz, faz-se mister verificar o contexto histórico que deu origem ao mês do Projeto de Lei no 1.646/2019 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019), de modo a melhor identificar os valores nele inseridos, bem como as intenções do Poder Executivo na proposição.

A notícia “Governo Apresenta Projeto contra Devedor Contumaz Mirando a Previdência”, datada de 22/03/2019 e constante do sítio da Câmara dos Deputados, destaca que: “A ideia do Executivo é que essa proposta venha a compor o pacote de criação da ‘Nova Previdência’”. Ainda conforme a notícia, foram apresentados outros três textos: “a reforma dos regimes previdenciários do setor público e privado (PEC 6/19), a mudança no sistema de proteção social dos militares (PL 1645/19) e as medidas para coibir fraudes em benefícios previdenciários (MP 871/19)” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019d).

Durante a tramitação da Reforma da Previdência apresentada pelo Poder Executivo durante o governo Michel Temer, severas críticas foram feitas em razão de o ônus das soluções propostas incidirem apenas sobre os trabalhadores. Grandes devedores da previdência social não seriam devidamente cobrados e ainda seguiriam obtendo parcelamentos periódicos com inúmeros descontos em suas dívidas, ou seja, em condições extremamente favoráveis e com inobservância da igualdade e da capacidade econômica dos contribuintes. A Dívida Ativa da União apresentava um estoque de cerca

de dois trilhões e meio de reais, dos quais mais de meio trilhão é de dívidas previdenciárias. (PGFN, 2020). Observe-se, ainda, que cerca de dois terços deste montante se concentram nas mãos de grandes devedores, ou seja, o grande capital (PGFN, 2019).

Em meio a essas críticas, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Previdência Social do Senado Federal (CPIPREV) foi aberta com o objetivo de verificar a real situação previdenciária no Brasil. Seis meses mais tarde, efetivadas muitas oitivas, bem como a análise de documentos oficiais, as pesquisas e as leituras de trabalhos técnicos, a CPIPREV chegou a importantes conclusões, cabendo destacar a preocupação com a crescente dívida ativa:

empresas importantes (...) compõem um extenso rol de devedores. Esse quadro é de um crescente aumento da dívida ativa o que é reforçado pelo fato da legislação atual ser bastante permissiva para com os devedores. (CPIPREV, 2017, p. 211).

Quanto à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública destacou que:

Ao lado do fortalecimento das instituições voltadas à fiscalização de tributos e à execução da dívida ativa tributária, impõe-se a modernização e atualização da própria legislação que rege essa execução fiscal (CPIPREV, 2017, p. 228).

A mídia destacou a apresentação e aprovação de Medida Provisória contendo significativo programa de parcelamento tributário, incluindo dívidas previdenciárias, no ano de 2017, em meio à tramitação da referida PEC nº 287/16. Este programa implicou a renúncia de centenas de bilhões de reais de dívidas de grandes devedores para com a União. Ciente das severas críticas e da repercussão negativa dessas medidas do governo Temer, que desgastaram e dificultaram a aprovação da Reforma Previdenciária, o governo Bolsonaro tentou se afastar desses percalços, apresentando basicamente duas modificações, no que pertine a esse tema.

Em primeiro lugar, vedou no corpo do texto da PEC nº 6/2019 (Reforma da Previdência) a concessão de novos parcelamentos especiais para dívidas previdenciárias. Notícia constante do sítio da Câmara dos Deputados, de 22/02/2019, destaca a opinião do Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Cristiano de Moraes:

Eles têm capacidade de pagamento muito elevada para pagar uma dívida num prazo muito menor; e por conta do que se convencionou chamar de Refis, esses contribuintes não pagam essa dívida no prazo mais curto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b).

O procurador citou o exemplo do devedor que poderia pagar em um ano, mas que utiliza o Refis para estender esse prazo para 15 anos. “Quem tem mais capacidade de pagamento é quem mais adere ao Refis” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b).

Na sequência, a mesma notícia destacou:

Para evitar situações como essa, o governo colocou na reforma da Previdência uma limitação de parcelamento de dívidas previdenciárias por no máximo 60 meses. Também será enviado um projeto de lei para lidar com os devedores contumazes [projeto que restou de fato apresentado no mês seguinte, sob o número 1.646 e que é objeto deste trabalho]. A ideia é, por exemplo, proibir que empresas que não cumpram parcelamentos recebam novos benefícios por dez anos) (destaques nossos) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b).

Em segundo lugar, com o firme propósito de legitimar suas reformas, o Governo apresentou projeto de lei para inovar no ordenamento jurídico federal, disciplinando e combatendo a figura do devedor contumaz. Nesse contexto histórico-político que surgiu o Projeto de Lei nº 1.646/2019 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

## 2.2. Combate ao devedor contumaz: o projeto de Lei no 1.646/2019

Da Ementa do Projeto de Lei nº 1.646/2019, consta que essa lei “Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa ...”(CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019). Do artigo 1º do PL, também consta que a “lei estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da dívida ativa.” Vejamos excerto da Exposição de Motivos do Projeto de Lei, que traz elementos importantes para a compreensão da relevância da política pública nele inserida:

2 (...) As alterações propostas visam, em primeiro lugar, suprir a ausência de instituto, no âmbito federal, que *permita à Administração Tributária adotar as medidas necessárias para o combate ao devedor contumaz, cuja atuação extrapola os limites da inadimplência e se situa no campo da ilicitude, com graves prejuízos a toda sociedade. Esse tipo de devedor, diferentemente de um devedor eventual, tem por principal estratégia de negócio burlar as obrigações tributárias.*

3. O *devedor contumaz* é definido no projeto como *aquele cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributo. Esse tipo de devedor acarreta consequências especialmente nocivas à sociedade quando a referida*



*inadimplência se faz acompanhar de situações que indicam tratar-se de pessoa jurídica constituída para a prática de fraudes fiscais, para encobrir os reais titulares da empresa ou integrante de organização criada sem qualquer propósito comercial, mas com o objetivo de não pagar tributos, bem como a pessoa física que pratica atos deliberados de ocultação patrimonial. (destaques nossos) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).*

O combate ao devedor contumaz, conforme o texto transcrito, trata-se de política pública com uma dimensão altamente significativa para a sociedade em geral, sendo especificamente relevante para o ambiente concorrencial e para as finanças públicas.

Importa examinar os principais dispositivos pertinentes ao combate ao devedor contumaz constantes do Projeto de Lei .

O parágrafo único do artigo 1º determina que se considera “devedor contumaz o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracterize pela inadimplência substancial e reiterada de tributos”.

O Projeto de Lei indica a inadimplência substancial e reiterada de tributos como a existência de débitos, em nome do devedor ou das pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, inscritos ou não em dívida ativa da União, de valor igual ou superior a quinze milhões de reais, em situação irregular por período igual ou superior a um ano (parágrafo 1º do artigo 2º).

Assentimos com as ponderações de Becho, Simões e Federighi (2021), no sentido de que o valor estabelecido no Projeto de Lei seria adequado, porque o tratamento diferenciado deve ser reservado para casos específicos que revelem um dano significativo ao erário.

Nos termos do Projeto de Lei, considera-se em situação irregular o crédito tributário que não esteja garantido ou com exigibilidade suspensa, observado o disposto no art. 206 do CTN (parágrafo 2º do artigo 2º do PL). Prevê o Projeto ainda que o valor de quinze milhões poderá ser atualizado por ato do Ministro de Estado da Economia.

No artigo 2º, prescreve-se que os órgãos da administração tributária da União poderão instaurar procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições administrativas ao devedor contumaz quando houver:

I. indícios de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiros;

II. indícios de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas ou o verdadeiro titular, na hipótese de firma individual;

III. indícios de que a pessoa jurídica participe de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais; ou;

IV. indícios de que a pessoa física, devedora principal ou corresponsável, deliberadamente oculta bens, receitas ou direitos, com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

A presença da conjunção “ou” designa alternativas, de modo que cada uma das situações previstas isoladamente em cada inciso tem o condão de ensejar a instauração de procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições ao devedor contumaz. Presente qualquer uma dessas hipóteses, inseridas em um dos incisos do artigo 2º, o início do procedimento afigura-se viável.

O artigo 4º do Projeto de Lei, em face dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impõe à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o dever de editar os atos necessários à execução do procedimento de que trata o art. 2º, com observância, no mínimo, das seguintes garantias cumulativas:

I. concessão de prazo de trinta dias para exercício do direito de defesa pelo interessado;

II. fundamentação das decisões, com indicação precisa dos elementos de fato e de prova que justificam a medida;

III. possibilidade de recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo; e;

IV. possibilidade de reavaliação das medidas adotadas, por meio de pedido fundamentado de interessado que comprove a cessação dos motivos que as tenham justificado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

O parágrafo único do artigo 4º determina que se aplique, subsidiariamente ao procedimento previsto no artigo 2º, o rito estabelecido na Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Percebe-se, pois, nitidamente, o intuito republicano do Projeto de Lei no 1646/2019, ao se pretender que os princípios mais elevados sejam aplicados,

de modo a garantir aos contribuintes a possibilidade de evitar a aplicação indevida de sanções (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

O artigo 3º do Projeto de Lei prevê a aplicação de restrições administrativas ao final do procedimento previsto no artigo 2º, se forem comprovados os motivos que deram origem à sua instauração. Neste caso, o contribuinte caracterizado como devedor contumaz poderá sofrer, isolada ou cumulativamente, as seguintes restrições administrativas:

I. cancelamento do cadastro fiscal do contribuinte pessoa jurídica ou equivalente; e

II. impedimento de fruição de quaisquer benefícios fiscais, pelo prazo de dez anos, inclusive de adesão a parcelamentos, de concessão de remissão ou de anistia e de utilização de créditos de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL para a quitação de tributos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Tais restrições administrativas poderão ser aplicadas ao devedor principal e às pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, conforme o caso (parágrafo 2º, do artigo 3º).

O parágrafo 1º do artigo 3º estabelece que - na hipótese de pagamento ou de parcelamento das dívidas pelo contribuinte antes da notificação da decisão administrativa de primeira instância - o procedimento será encerrado, se houver pagamento integral das dívidas; ou será suspenso se houver parcelamento integral das dívidas.

Verificadas as disposições mais importantes do Projeto de Lei no 1646/2019 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019) acerca do devedor contumaz, importa lembrar e destacar que esse Projeto de Lei tem o mérito de introduzir, tipificar essa figura do devedor contumaz no ordenamento jurídico federal e, principalmente, prever mecanismo de combate a essa conduta nociva e predatória.

Conformem destacam Pires e Ferreira (2019), o Projeto de Lei adquire ainda mais importância porque os valores envolvidos, mas “existe um número ínfimo (algumas dezenas) de empresas neste grupo dos grandes devedores que de forma reiterada deixa de pagar tributos de valores substanciais.”

Embora a figura jurídica do devedor contumaz seja inédita no âmbito federal, algumas Unidades da Federação já regulamentaram o instituto com o intuito de combater essa prática, de modo a obter o retorno dos créditos tributários não pagos, em particular do ICMS. Neste aspecto, cabe lembrar que essa previsão se tornou realmente importante para os Estados em função da decisão do STF no Recurso em Habeas Corpus no 163.334, que restringiu a penalidade por apropriação indevida do valor recebido a título

de ICMS pelo responsável tributário aos casos de contumácia e dolo deste (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Nessa linha, Carolina Schäffer Pereira Jorge (2018) observa que, sob fundamento de serem devedores contumazes, muitos Estados têm determinado a cassação da inscrição de empresas no cadastro de contribuintes do ICMS, ou seja, cassação para aquelas empresas que sistemática e repetidamente deixam de adimplir as suas obrigações tributárias.

Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcante Machado (2018) destacam a legislação do Rio Grande do Sul e, na sequência, referem-se às de outros Estados que preveem a figura do devedor contumaz na legislação do ICMS, a saber: Bahia (Lei no 13.199/2014), Paraná (Decreto no 3.864/2016), Alagoas (Lei no 7.747/2015) e do Espírito Santo. Deborah d’Arcanhy (2019, p. 233) destaca a apresentação do PL 1646/2019, de iniciativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, segundo ela, baseou-se em exemplos de Estados-membros:

Por iniciativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, foi apresentado pelo Governo Federal em 2019 para enquadrar o devedor contumaz, que incorre em inadimplência recorrente e substancial (acima de 15 milhões, em um ano), com a intenção de defraudar, usando “laranjas” ou artifícios para contornar acusações. Baseava-se principalmente em exemplos dos estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Espírito Santo, Bahia e Alagoas, que vêm se esforçando nos últimos cinco anos para definir o conceito de devedor contumaz e têm medidas para coibir os contribuintes que não o fazem ao cobrar impostos sistematicamente” Deborah d’Arcanhy (2019).

Verifica-se, pois, a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 1.646/2019, como forma de viabilizar o combate ao devedor contumaz, concebida com inspiração nos Estados para suprir lacuna no âmbito federal. Verificaremos adiante, porém, o travamento do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados e identificaremos a presença de *veto players*. O próximo item é justamente dedicado a essa fase do processo legislativo e seu contexto político.

### **3. TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 1.646/2019**

Em 20/03/2019, a matéria sobre o devedor contumaz foi apresentada pelo Poder Executivo, sendo encaminhada às Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS); de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP); Finanças e Tributação (CFT) – mérito e adequação financeira e orçamentária; e de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) – mérito, constitucionalidade e juridicidade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019e).

Em virtude do envio a mais de três Comissões de Mérito, possibilitou-se a instituição de Comissão Especial para análise do texto. A Comissão Especial foi instalada em 07/08/2019. O deputado Tadeu Alencar (PSB/PE) foi eleito presidente do colegiado; e o deputado Joaquim Passarinho (PSD/PA) 1º Vice-Presidente. Por sua vez, o deputado Arthur Oliveira Maia (DEM/BA), foi designado como relator da matéria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019e).

A aprovação do Plano de Trabalho da Comissão Especial ocorreu no dia 13/08/2019. Deu-se início, então, a várias audiências públicas com o objetivo de debater o projeto. Em princípio, percebeu-se um hiato de praticamente cinco meses entre a apresentação do projeto e o início de efetivo andamento, o que só ocorreu com a instalação da Comissão Especial. De observar-se que a PEC 006/2019 que deu origem à Reforma da Previdência teve andamento muito mais acelerado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019e).

As audiências públicas tiveram um cronograma bem efetivo, ocorreram entre setembro e outubro de 2019, e nelas foram ouvidos atores significativamente representativos, tanto da esfera pública quanto privada. Note-se, no entanto, que o Ministro da Economia, que se fez presente pessoalmente no Congresso Nacional na discussão da PEC 06/19, não compareceu à audiência pública do PL no 1646/2019, embora convidado. Nem mesmo o Secretário-Executivo do Ministério da Economia compareceu (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019e).

O Presidente e o Relator da Comissão coordenaram ainda um Seminário Estadual na cidade de São Paulo, que se realizou na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) no dia 11/11/19. O tema foi “Debate sobre os aspectos jurídicos, concorrenciais e práticos relativos ao devedor contumaz e medidas previstas no Projeto de Lei nº 1646/2019” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019e).

Cumprir destacar que, após esses intensos debates, a Comissão restou paralisada, não mais avançando.

Voltamos a lembrar de que o PL no 1646/2019 foi apresentado no contexto da discussão e apresentação da PEC no 6/2019. Esta foi aprovada rapidamente, não obstante as exigências mais severas no que pertence ao processo legislativo. Em razão disso, analisaremos na sequência a incidência de *veto players* sobre a presente discussão.

## **4. OS VETO PLAYERS E O PL Nº 1646/2019**

### **4.1. Contextualização**

Considerando que a política pública de combate ao devedor contumaz interessa tanto ao poder público - pois visa a evitar o não pagamento

deliberado de tributos -, quanto ao setor produtivo - que se protegeria de práticas concorrencialmente desleais -, não se vislumbraria, em um primeiro momento, dificuldades na aprovação de tal política. Os únicos prejudicados seriam grandes devedores (acima de quinze milhões conforme o Projeto de Lei apresentado) contumazes.

Embora o PL no 1.646/2019 seja de iniciativa do Poder Executivo, tivemos anteriormente o PLS no 284/2017 (SENADO FEDERAL, 2017), de iniciativa parlamentar da então Senadora Ana Amélia (RS). Este Projeto de Lei também tentou introduzir na legislação federal o instituto do “devedor contumaz”, mas ele tramita há mais de cinco anos, sem contar com força política suficiente para aprová-lo.

O Projeto de Lei no 1646/2019 recebeu mais peso político por ter sido encaminhado pelo Poder Executivo, tendo, inclusive, a Exposição de Motivos sido assinada pelo titular do poderoso Ministério da Economia. Conforme observou Tsebelis (1997), o Governo possui poderes extraordinários de definição de agenda e que em mais da metade dos países analisados, os governos encaminham mais de noventa por cento dos projetos de lei. Ou seja, há alta probabilidade de aprovação desses projetos.

Ao analisar o contexto histórico de apresentação do Projeto de Lei no 1646/2019, verificamos que o encaminhamento pelo Executivo se deu por ocasião do envio da Reforma da Previdência no início do governo Bolsonaro, como forma de vencer uma resistência detectada no Congresso Nacional durante a tramitação da PEC no 287. Cumpre lembrar que esta PEC dispunha acerca da Reforma da Previdência no governo Temer e recebeu severas críticas por não instrumentalizar o Fisco de meios para cobrar a bilionária Dívida Ativa Previdenciária fortemente concentrada nas mãos de grandes devedores.

A PEC no 6/2019, conhecida como a PEC da Reforma da Previdência, trazia consigo forte resistência de amplos setores da sociedade civil, sobretudo dos trabalhadores, e impactava financeiramente e de forma acentuada a classe trabalhadora, possuindo, portanto, elevado ônus político e social. Por outro lado, favorecia o setor financeiro ao abrir forte nicho de mercado, na medida em que as novas regras previdenciárias forçariam os que dispusessem de recursos a aderir a planos de previdência complementar.

Mister anotar ainda que, por se tratar de emenda à Constituição, requeria quórum de três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos. Não obstante o rito e o quórum mais exigentes, restou promulgada em menos de nove meses de tramitação – apresentada na segunda quinzena de fevereiro de 2019, foi promulgada na primeira quinzena de novembro do mesmo ano.

O Projeto de Lei no 1646/2019 possui rito e quórum simples, por se tratar de mera lei ordinária. Também foi apresentado pelo governo e na mesma época da PEC no 6/2019. Mas, no entanto, está longe de ser aprovado. O

que justificaria, então, a dificuldade de aprovar a política pública de combate ao devedor contumaz inserida no PL no 1646/2019?

#### 4.2. Os *veto players*: conceito

George Tsebelis (1997) trabalha com o conceito de veto player em diversos contextos institucionais. Um veto player, explica o autor, “é um ator individual ou coletivo cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política”. Ainda segundo este autor, “o conceito de veto player origina-se da ideia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII”.

Referindo-se à legislação e ao sistema político dos EUA, Tsebelis (1997) trata dos *veto players* institucionais (institucional veto players), que seriam outra categoria de sujeitos, prevista na Constituição e presente em sistemas presidencialistas pluripartidários, partidos que integram uma coalizão de governo são chamados de *veto players* partidários (partisan veto players). Esses sujeitos ou atores institucionais e partidários, porém, observa a autor, não seriam os únicos. Existem, afirma o autor “várias outras categorias de *veto players* em diferentes sistemas políticos”. Assim, o autor sugere pensarmos “nos grandes grupos de interesse como um desses atores, pelo menos nas áreas de política que lhes dizem respeito”.

Diante da realidade político-institucional brasileira e tendo em conta o PL no 1646/2019, pode-se afirmar que o Congresso Nacional atua como veto player institucional, pois está especificado em nossa Carta Política. Vários grupos de interesse atuam perante o Legislativo em defesa própria. Uns com mais poder de influência, outros com menos.

Segundo Ellen M. Immergut (1992), as instituições políticas de cada país criam diferentes regras do jogo para políticos e para grupos de interesse, isso tendo por escopo aprovar ou bloquear planos de ação. Assim, entende-se que a autora adotou uma visão mais formal das instituições, na qual de destacam as regras constitucionais e os resultados eleitorais, para desvendar padrões típicos dos processos decisórios em vários sistemas políticos. Dessa forma, as decisões políticas, explica a autora, não seriam atos singulares praticados em determinado momento do tempo, mas seriam o resultado final de uma sequência de decisões de diferentes atores situados em diversas posições institucionais. Segundo Immergut, a aprovação de uma lei ou de um ato implica uma sucessão, em todas as instâncias de decisão, de votos afirmativos.<sup>6</sup>

6 “Political decisions are not single decisions made at one point in time. Rather, they are composed of sequences of decisions made by different actors at different institutional locations. Simply put, enacting a law requires successive affirmative votes at all decision points. By tracing the formal structure of these decision points as well as examining the party allegiances of the decision-makers at these points, one can understand the logic of the decision-making process.” (IMMERGUT, 1992, p. 63)

No Brasil, o grupo de interesse representativo dos devedores habituais tem definido a agenda no que pertine às dívidas para com o Estado. O patrimonialismo arraigado no sentimento da sociedade impõe à classe política a percepção de que os favores à custa do Erário são dever do Poder Público. Sob o pretexto de existir em nosso país uma carga tributária pretensamente elevada, o não pagamento de tributos e até mesmo a sonegação se tornam socialmente aceitos. Ademais, está enraizada no Brasil a cultura da dívida e dos constantes perdões.

Na sequência, serão analisadas as questões relativas à carga tributária, à sonegação, bem como aos parcelamentos periódicos, a fim de, na sequência, correlacionar a atuação dos *veto players* em relação a esses temas e à Política Pública de Combate ao Devedor Contumaz prevista no PL no 1646/2019.

#### **4.3. A carga tributária brasileira**

Há em nossa sociedade o discurso corrente de que a carga tributária brasileira é muito elevada, denominado por Ricardo Lodi Ribeiro (2015) de “mito da carga tributária brasileira”. Empresários, trabalhadores, mídia repetem constantemente essa afirmação sem examinar em detalhes acerca da sua realidade fática. O Estudo “Carga Tributária no Brasil 2018” da Receita Federal aponta que a Carga Tributária Bruta em 2018 atingiu o patamar de 33,26% em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) (RFB, 2018).

A carga tributária brasileira apresentou nas duas últimas décadas um valor mínimo de 31,64% do PIB e um máximo de 33,64%, havendo, assim, pouca variação nesse período. Para se ter parâmetro de crítica, é necessário que se compare a carga tributária brasileira com as dos países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A carga tributária no Brasil em 2018 foi de 32,26% do PIB, inferior, portanto, à média da carga tributária dos países integrantes da OCDE que ficou em 34,2% do PIB. Vários países da OCDE apresentam carga tributária superior a 40% do PIB, chegando alguns à proximidade dos cinquenta por cento, como a França e a Dinamarca. Quando se compara a tributação por base de incidência, observa-se que para a base “Renda” o Brasil tributa menos que a média dos países da OCDE, ao passo que, para a base “Bens e Serviços”, tributa, em média, mais. (RFB, 2018).

Se consideramos os países da América Latina, a carga tributária brasileira é das maiores, perdendo para Cuba e Barbados. Entretanto, observa-se que a carga tributária do Brasil é próxima da Argentina e também da do Uruguai (OCDE, 2022).

Por sua vez, o principal problema da tributação brasileira não é a carga tributária em si, mas a sua distribuição, pois se onera muito mais o consumo e menos a renda e o patrimônio, o que atinge as pessoas com menos poder



aquisitivo, menos capacidade contributiva, resultando na regressividade do sistema tributário brasileiro (PINTOS-PAYERAS, 2010).

Embora a Constituição Federal determine a progressividade, o Imposto sobre a Renda apresenta de fato pouca progressividade e a maior faixa já atinge a classe média baixa. Os altos salários não se submetem, portanto, a uma progressividade real. A não correção da tabela deste imposto também acaba por onerar mais os trabalhadores, inclusive aqueles com salários mais baixos, impondo-os faixas sob as quais não estariam se houvesse correção (SALVADOR, 2006).

Na prática, portanto, e em contrariedade à determinação constitucional, temos um imposto de renda regressivo. A tributação de faixas salariais baixas, que deveriam ser isentas, por um lado, e a isenção de tributação dos dividendos e outras práticas, como a pejetização, evidenciam tal regressividade e, por conseguinte a manifesta injustiça fiscal.<sup>7</sup>

O Imposto sobre Grandes Fortunas, embora previsto desde 1988 na Constituição Federal, não foi instituído. Alguns países desenvolvidos dele se valem e, mais recentemente, outros o previram, como é o caso da Argentina.<sup>8</sup> A isenção da tributação dos dividendos e a não incidência de IPVA sobre a propriedade de jatinhos e iates particulares também podem ser indicados como tratamentos benéficos outorgados aos que possuem elevada renda no Brasil.<sup>9</sup>

O Imposto sobre as Heranças (ITCMD) em nosso país apresenta alíquotas muito inferiores às dos países integrantes da OCDE (RIBEIRO, 2015). Por meio de Resolução do Senado Federal (1992) foi estipulada a alíquota máxima de 8%. Em razão de ser um tributo estadual, cada Estado institui a sua própria alíquota, ficando, na média, em torno de 4% no Brasil, havendo um movimento recente de elevação, por parte de alguns Estados, para a alíquota marginal máxima de 8%.

De acordo com Lodi Ribeiro (2015), deveríamos prever a progressividade do ITCMD, de modo a isentar as pequenas heranças e onerar, sobremaneira, os grandes patrimônios. A média dessa tributação no âmbito da OCDE aproxima-se dos 30%, o que comprova mais uma das injustiças de nosso sistema tributário, implicando um evidente favorecimento aos ricos.

Em relação à base de incidência, somados os tributos incidentes sobre o consumo (bens e serviços) com folha de salários temos um total

7 Anote-se que foi promessa de campanha do Presidente Lula isentar do Imposto sobre a Renda aqueles que ganham até cinco mil reais (VALOR ECONÔMICO, 2022) e ele continua tentando levar esse projeto em frente, estabelecendo inicialmente a isenção somente para aqueles que ganham até dois salários mínimos (O ESTADO DE S. PAULO, 2023).

8 Nesse cenário de tributação regressiva e uma das maiores taxas de desigualdade do mundo, o Brasil abriga parcela significativa das famílias com as maiores fortunas do mundo, no ano de 2000, estariam no Brasil 2,5% das famílias mais ricas do mundo (grupo das top 15) (CARVALHO, 2011).

9 No Recurso Extraordinário no. 379.572/RJ, o STF decidiu que aviões e aeronaves não devem pagar IPVA no (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)

correspondente a 76,20% da carga tributária. Se somarmos o percentual da tributação da renda dos assalariados (o percentual total do imposto sobre a renda é de 21,62%) chegaremos a um percentual próximo dos 80%, ou seja, na companhia de Lodi, poderíamos afirmar que trabalhadores e consumidores respondem por cerca de 80% da carga tributária brasileira! (RIBEIRO, 2015).

Assim verifica-se que o Brasil, que está entre os dez países mais desiguais do mundo (WORLD ECONOMICS, 2019) ostenta um sistema tributário que atinge mais justamente aqueles com menor poder aquisitivo, de forma regressiva. Uma grande perversidade.<sup>10</sup>

#### **4.4. Sobre a sonegação fiscal no Brasil**

O Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ) apresenta, desde 2013, o estudo “Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação”. A partir desse ano, o SINPROFAZ tem veiculado o cálculo desses desvios com base na arrecadação de cada ano.

No estudo “Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2018”, Segundo esse levantamento, verificou-se que, em um único ano, a sonegação fiscal atingiu o montante de 626,8 bilhões de reais e se concluiu que: “poder-se-ia afirmar que se não houvesse evasão, o peso da carga tributária poderia ser reduzida em quase 30% e ainda manter o mesmo nível de arrecadação”. Segundo estimativa desse estudo, houve sonegação de 27,6% da arrecadação tributária nacional brasileira (SINPROFAZ, 2019).

#### **4.5. A cultura dos parcelamentos especiais – “Refis”**

Há enraizada no Brasil a cultura da dívida e dos constantes perdões. Os conhecidos “REFIS”, programas de parcelamentos tributários periódicos parecem contar com calendário regular e os maus pagadores conseguem fazer planejamento fiscal com base nessa periodicidade. Trata-se de prática que desestimula o pagamento tempestivo dos tributos, incentiva a cultura da dívida e, sobretudo, afigura-se injusta em relação ao bom pagador que acaba sofrendo concorrência desleal (RFB, 2017).

Tais parcelamentos frequentes perdoam boa parte dos juros e encargos da dívida, de forma que, anos depois, quase que se restabelece o valor nominal da dívida originária. Embora sejam extremamente criticados por setores técnicos (Tribunal de Contas da União, Procuradoria-Geral da

<sup>10</sup> Em importante estudo publicado pelo World Inequality Lab, que integra a Escola de Economia de Paris, com direção de Thomas Piketty, verificou-se que, no Brasil, os 50% mais pobres possuem menos de 1% da riqueza (na Argentina, por exemplo, esse grupo ficou com 6%). Os 1% mais abastados ficam com quase metade da riqueza nacional (nos EUA, esse grupo fica com 35% da riqueza) (WORLD INEQUALITY LAB, 2022).

Fazenda Nacional e Secretaria da Receita Federal do Brasil), em razão dos efeitos econômicos comprovadamente nocivos, os parcelamentos periódicos tornaram-se recorrentes. Grupos de interesse representativos dos devedores habituais conseguem manter o calendário de benefícios frequentes com forte atuação junto ao parlamento, ou seja, os REFIS constituem política pública governamental, configurando evidente *status quo*.

Ao longo das últimas duas décadas, cerca de quarenta programas de parcelamentos especiais foram estabelecidos por lei e, naturalmente, todos eles traziam significativas reduções nos valores das multas e dos juros e dos encargos legais, além de extensos prazos de pagamento e, ainda, havia a alternativa de compensar a dívida com créditos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

A Receita Federal (2017) em seu “Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais” comparou as condições de parcelamentos oferecidas em vinte e seis países com base no *Working Smarter in Tax Debt Management*, publicado em 24 de julho de 2014 pela OCDE:

Para a maioria, o período máximo de parcelamento é de 12 ou de 24 meses. Apenas em casos especiais esse prazo é alongado, e nesses casos é exigida garantia. Não são conhecidos, em outras administrações tributárias, parcelamentos em prazos tão alongados quanto os parcelamentos concedidos na esfera federal brasileira, que variam de 60 meses (parcelamento convencional) a 180 meses (prazo mais usual entre os parcelamentos especiais), além de parcelamentos sem prazo definido, como o Refis de 2000, que pode durar várias décadas ou até séculos, ou ainda do parcelamento para órgãos públicos, concedido em 240 meses. (...) Mesmo no parcelamento convencional, a regra no Brasil já é mais benéfica que na maioria dos países analisados pelo estudo da OCDE. Ressalte-se que nesse tipo de parcelamento, no Brasil o contribuinte pode parcelar o seu débito em 60 parcelas, sem qualquer justificativa quanto a eventual dificuldade financeira ou análise de capacidade de pagamento, podendo ainda reparcelar as dívidas incluídas em parcelamentos anteriores inadimplidos. Além de todas essas facilidades, a norma brasileira também não exige apresentação de garantia para o crédito tributário parcelado na via administrativa (RFB, 2017).

Conclui o mencionado estudo da Receita Federal:

“A instituição de modalidades especiais de parcelamento de débitos, com reduções generosas de multas, juros, e também encargos legais cobrados quando da inscrição em Dívida Ativa da União *vem influenciando de forma negativa o comportamento do contribuinte no cumprimento voluntário da*

*sua obrigação, evidenciando assim uma cultura de inadimplência. [...] Os elevados percentuais de exclusão de contribuintes dos parcelamentos especiais e o expressivo aumento do passivo tributário administrado pela Receita Federal evidenciam que os parcelamentos não são instrumentos eficazes para a recuperação do crédito tributário, além de causar efeitos deletérios na arrecadação tributária corrente, posto que o contribuinte protela o recolhimento dos tributos na espera de um novo parcelamento especial. Frise-se que as regras oferecidas nesses programas tornam muito mais vantajoso para o contribuinte deixar de pagar os tributos para aplicar os recursos no mercado financeiro, já que num futuro próximo poderão parcelar os débitos com grandes descontos e outras vantagens. Caso opte por aplicar os recursos em títulos públicos, por exemplo, que são remunerados pelo Governo Federal pela taxa Selic (os mesmos juros cobrados sobre os débitos em atraso), essa opção será muito vantajosa para o contribuinte, pois ele poderá, num futuro próximo, resgatar esses títulos públicos e pagar à vista seus débitos, obtendo grande ganho devido aos descontos, inclusive dos mesmos juros adquiridos com a aplicação [...] Portanto, conclui-se que a instituição de parcelamentos especiais não tem atingido os objetivos deles esperados: incrementar a arrecadação (diminuindo o passivo tributário) e promover a regularidade fiscal dos devedores, devendo qualquer medida proposta nesse sentido ser rejeitada” (RFB, 2017).*

Com o intuito de evitar os abusos decorrentes dos REFIS, foi editada a Lei nº 13.988/20, que permite à União e às autarquias e fundações federais realizar transação com os devedores de créditos da Fazenda Pública. Trata-se de instituto, portanto, recém regulamentado e tem-se por escopo dessa inovação evitar a edição de novos REFIS.

Em relação aos REFIS, observam Becho, Simões e Federighi (2021), que o devedor contumaz encontra vantagens em deixar de observar os tributos porque tem a segura expectativa de proximamente contar com programa de refinanciamento proporcionará descontos expressivos ou seja, asseveram os autores, “o Devedor Contumaz se financia por meio do Estado Brasileiro, ainda que por um período, e mais, à custa da sociedade, que fica sem o abastecimento dos cofres públicos e a realização dos deveres sociais do Estado”.

Cumpra mencionar o novo Programa de Redução da Litigiosidade Fiscal, ou Litígio Zero, previsto na Portaria PGFN/RFB nº 1/2023 (PGFN/RFB, 2023). Neste programa, está prevista transação no âmbito do contencioso administrativo, o que pode trazer redução dos litígios e maior eficiência ao processo administrativo fiscal. Também está prevista transação em tributos de pequeno valor no contencioso administrativo ou inscrito em dívida ativa. Essas iniciativas, certamente, visam a proporcionar mais eficiência e mais

isonomia no sistema, o que vem para contribuir para desarmar o cenário favorável ao devedor contumaz.

#### **4.6. A política pública de combate ao devedor contumaz e os veto players**

A carga tributária brasileira é regressiva e isso é resultado de escolhas políticas refletidas no ordenamento jurídico. Por sua vez, há uma condescendência histórica pela sonegação, que é fruto da nossa cultura patrimonialista e colonial. Nesse contexto que se observa que a política pública de combate ao devedor contumaz enfrenta resistência, não obstante possua manifesto custo-benefício em prol da sociedade.

O combate ao atuar deliberadamente ilícito do devedor contumaz viabilizaria: o incremento de recursos financeiros ao Estado, favorecendo, portanto, as contas públicas ; a concorrência em igualdade de condições às empresas que arcam corretamente com as suas obrigações tributárias); um ambiente concorrencial saudável difusamente considerado; o incremento de serviços públicos que deveriam ser custeados com os tributos que deixam de ingressar nos cofres públicos, em razão da prática deliberadamente reiterada); e a diminuição da carga tributária, em razão do aumento na arrecadação.

No confronto entre esses benefícios e custos sociais, impõe evidentemente a adoção da política pública de combate ao devedor contumaz, visto que ganharão Estado, empresários honestos, ambiente concorrencial e sociedade, por um lado e, por outro, perderão aqueles que se valem de práticas ilícitas em benefício próprio, comprovando, pois, o custo-benefício da referida política pública.

Assim, o Estado precisará afastar as externalidades negativas geradas pela atuação ilícita dos devedores contumazes.

Não obstante, ser evidente que o sistema tributário nacional é regressivo e injusto e que a sonegação deve ser combatida, há interesses políticos e econômicos que inviabilizam a aprovação de projetos como o PL no 1646/19, atuando como verdadeiros veto players, que fazem o parlamento brasileiro de refém.

Charles E. Lindblom (1982, p. 325) ensina que muitos tipos de reforma de mercado acionam automaticamente punições na forma de desemprego ou economia lenta. Assevera o autor que qualquer mudança de postura de que o setor produtivo majoritariamente não aprove é um desincentivo, levando esses indivíduos a não desempenhar sua função ou desempenhá-la com menos vigor. Assim, qualquer mudança ou reforma de que uma parcela relevante economicamente não goste implica para toda a sociedade o castigo do desemprego ou de uma economia lenta. Nessa linha, o resultado é que das mudanças institucionais das quais os o setor produtivo não aprove, surge de

forma automática um recuo punitivo, o qual serve para reprimir a mudança cogitada. Assim, ainda que o aprisionamento das instituições e da formulação de políticas na sociedade orientada para o mercado devesse ser descartado como uma característica embaraçosa de sistemas aparentemente democráticos, na prática se observam os recuos automáticos. O ponto principal, segundo o autor, é que os sistemas de mercado aprisionam a política.<sup>11</sup>

Nessa linha de entendimento, verifica-se que as pessoas que vivem nesses sistemas orientados para o mercado, que atualmente são denominados “democráticos liberais”, exercem significativamente menos controle sobre a política do que seria realmente esperado em uma democracia. Assim, as pessoas são menos livres do que pensam e conforme observa o autor, essas são “as consequências inevitáveis da prisão”<sup>12</sup> (LINDBLOM, 1982).

Lindblom (1982) traz uma interessante abordagem acadêmica que se encaixa perfeitamente ao atuar de parte do empresariado brasileiro que, em razão da cultura patrimonialista, adquiriu o hábito de dever à custa do dos. Esse grupo mantém a classe política refém de seus constantes pleitos de perdões e veta a implementação de políticas públicas tendentes a endurecer os instrumentos de cobrança tributária. Tornando a sociedade brasileira prisioneira destes indiscutíveis veto players.

Ainda no que pertine aos veto players, analisa-se interessante estudo de caso realizado por Leandro Molhano Ribeiro, Vitor de Moraes Peixoto e Patrícia de Oliveira Burlamaqui (2009), a respeito do processo de negociação política responsável pela elaboração e implementação das agências reguladoras independentes no Brasil: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Agência Nacional de Petróleo (ANP). Eles identificaram forte divergência interna no Poder Executivo quanto à implementação da política pública responsável pela criação das mencionadas agências. Identificaram *veto players* internos ao governo, de modo que este adotou a estratégia de enviar Projetos de Lei ao Congresso Nacional com o escopo de superar as divergências internas ao Executivo no âmbito do Poder Legislativo, no que teve êxito.

Percebemos que, em relação ao PL no 1646/2019, ocorre a situação inversa. Verificando-se a falta de apoio do Executivo ao Projeto de Lei,

11 “Many kinds of market reform automatically trigger punishments in the form of unemployment or a sluggish economy. Do we want businesses to carry a larger share of the nation's tax burden? We must fear that such a reform will discourage business investment and curtail employment.

(...)

The result is that across the entire array of institutional changes that businessmen themselves do not like, an automatic punishing recoil works to repress change. In that broad category, change—and often even the suggestion of change—adversely affects performance, hence adversely affects employment. Anticipations of change are enough to trigger unemployment” (LINDBLOM, 1982, p. 325-328)

12 “My main point, however, has been that market systems imprison policy. Those of us who live in those market oriented systems that are called liberal democratic exercise significantly less control over policy than we have thought. And we are also less free than we may have thought. Such are the inevitable consequences of imprisonment. That our thinking is itself imprisoned is a separate phenomenon of importance. (LINDBLOM, 1982, p. 336)

inclusive o Ministro da Economia da época, pode-se inferir que o objetivo do Executivo ao encaminhar o referido Projeto de Lei ao Congresso Nacional, no bojo da Reforma da Previdência, era vencer a resistência para a aprovação desta com o argumento de que endureceria não apenas as regras para os trabalhadores, mas também a cobrança das dívidas dos grandes devedores ao prever o instituto do devedor contumaz.

As evidências demonstram que o envio do PL no 1646/19 pelo Poder Executivo não demonstrou o real interesse do Governo. Conhecendo a firme atuação dos veto players, ou seja, do grupo de interesse relativo aos devedores habituais, o Governo usou o discurso de que todos dariam a sua parcela de contribuição: tanto os trabalhadores, que teriam os seus direitos previdenciários diminuídos, quanto os grandes devedores que seriam considerados contumazes e com isso sofreriam cobranças mais efetivas...

## CONCLUSÃO

Introduzir o conceito de devedor contumaz no ordenamento jurídico federal, com as suas respectivas consequências, é de extrema importância. Neste trabalho, apresentou-se esse conceito e se discutiu o Projeto de Lei no 1646/2019, que visa a preencher a lacuna e os problemas que a ausência desse conceito traz para o ordenamento jurídico pátrio.

Definiu-se devedor contumaz como o contribuinte que deliberada e regularmente deixa de recolher o tributo devido, não obstante realize a declaração da obrigação tributária, com o intuito de obter vantagem competitiva, afetando o ambiente concorrencial.

A instituição de políticas públicas efetivas para combater o devedor contumaz significaria permitir o maior ingresso de recursos públicos no Erário bem como proteger as empresas que cumprem corretamente suas obrigações, na medida em que estas sofrem concorrência desleal pelos praticantes da inadimplência deliberada.

Por outro lado, a omissão, inclusive mediante desinteresse pelo referido Projeto de Lei, significa permitir o atuar ilícito de uma minoria em detrimento dos interesses estatais e de toda a sociedade difusamente, posto que, conforme verificamos neste estudo, o modus operandi do devedor contumaz, além de implicar o não pagamento de tributos, gera aumento da carga tributária à sociedade e prejudica extremamente a concorrência, ou seja, atenta contra o salutar ambiente de negócios, ambiente este que demanda a adequada proteção.

De observar-se que, nos termos do PL em análise, apenas aqueles com dívidas superiores a quinze milhões de reais poderiam ser considerados devedores contumazes, e somente se se atuassem na ilicitude; ou seja: a medida seria imposta apenas àqueles que atuam ilicitamente e movimentando quantias elevadas.

Não obstante, verifica-se que a atuação de *veto players* impede a aprovação do PL ora analisado, pois capturou o governo anterior, que se desinteressou e se alijou da sua própria proposta assim que atingiu seu real objetivo, que era a Reforma da Previdência.

Dessa forma, é de se inferir, na companhia de Freitas e Bevilacqua (2018), que é necessária uma eticização e adoção de regras jurídicas contra o devedor contumaz- cujo comportamento é predatório - isso deve ser feito em prol da tutela não somente das Finanças Públicas, mas também do mercado interno que integra o patrimônio da sociedade e exige a preservação de um ambiente de livre concorrência.

## REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes; SIMÕES, Bráulio Bata; FEDERIGHI, André Catta Preta. Direito concorrencial e tributação: o devedor contumaz e a competência do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, no 2, p. 95-114, jul-dez. 2021.

Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei no 1.646, de 20 de março de 2019*. [Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 ]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965*. [Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm). Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. [Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm). Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. [Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. [Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002.]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/>



web/dou/-/lei-n-13.988-de-14-de-abril-de-2020-252343978. Acesso em: 24 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei no 1.646, de 20 de março de 2019*. [Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Reforma limita a 60 meses parcelamento de dívidas previdenciárias. *Agência Câmara de Notícias*, 2019b. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/552441-reforma-limita-a-60-meses-parcelamento-de-dividas-previdenciarias/>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Seminário Estadual SP: Debate sobre os aspectos jurídicos, concorrenciais e práticos relativos ao devedor contumaz e medidas previstas no Projeto de Lei nº 1646/2019*, 2019c. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-1646-19-devedor-contumaz/apresentacoes-em-eventos/seminarios>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Governo apresenta projeto contra devedor contumaz mirando a Previdência. *Agência Câmara de Notícias*, 2019d. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/554062-governo-apresenta-projeto-contra-devedor-contumaz-mirando-a-previdencia/>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Tramitação do Projeto de Lei nº 1646/2019*, 2019e. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194879>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

CARNEIRO, Júlia Silva Araújo. *O devedor contumaz no Direito Tributário: premissas teóricas, conceito e regime jurídico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020, 206 p. Dissertação (mestrado profissional).

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. *As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional*, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5755>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

CIPREV. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da previdência social*. Relatório Final, 2017. Disponível em: <http://legis>.

senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/464c1458-f524-4d51-8bbd-eb8bb29d10cc. Acesso em 14.fev.2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (Primeira Seção, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária). Acórdão no. 1101-00.708, Sessão de 11 de abril de 2012; Brasília, DF: *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*, 2012.

D'ARCANHY, Deborah. Efeitos da Tributação na Concorrência e a Competência do Cade para Intervir em Práticas Tributárias que Afetem a Concorrência no Brasil. In MAIOLINO, Isabela (Coord). *Mulheres no Antitruste*, v. II. São Paulo: Singular, 2019, p. 314-347. Disponível em: <https://biblioteca.cade.gov.br/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=fcc7ce6b30667f222b60ea18531cf8cc>. Acesso em 14.fev.2023.

ETCO. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Devedor Contumaz. *ETCO Notícias*, 2015. Disponível em: <<https://www.etco.org.br/tag/devedor-contumaz/>>.

ETCO. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Lei contra Devedor Contumaz. *Revista ETCO*, São Paulo, v.26, ano 18, p. 6-11, jun. 2021.

ETCO Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial ETCO. *Estudo Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro*, 2019. Disponível em <<https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>>. Acesso em 14.fev.2023.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. *Estimativa do Potencial Tributário do Segmento de Combustíveis no Brasil*. 2019. Disponível em <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-bicombustiveis/abastece-brasil/resolucao-cnpe-no-12-2019/contribuicoes-dos-interessados/plural/fgv-potencial-tributario-relatorio-tecnico-final.pdf>>. Acesso em 14.fev.2023.

FREITAS, Leonardo Buissa; BEVILACQUA, Lucas. Neutralidade Tributária no ICMS e Criminalização do Devedor Contumaz: Imposto Declarado e não Pago. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, no 39, p. 255-270, jan.-jun. 2018.

GODOY, Luciano de Souza; BASSO, Juliana Penha. Sonegação e inadimplência contumaz: prejuízo à concorrência empresarial. *Revista Digital ESAPERGS*, Porto Alegre, no 2, p. 04 -10, abr. 2014.

IMMERGUT, E. *The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland, and Sweden*. Journal of Public Policy, Cambridge, v. 10, n. 4, p. 58-89, 1992.

JORGE, Carolina Schäffer Ferreira. O protesto de Dívidas Tributárias e o Julgamento da ADI no 5.135. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 136, n. 26, p. 31–52, jan-mar. 2018. 3.

LINDBLOM, C. E. The market as prison. *The Journal of Politics*, v. 44, n. 2, p. 324–336, mai. 1982.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcante. Regimes especiais de fiscalização e devedores contumazes: revisando o tema das sanções políticas em matéria tributária. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 2, p. 86, mai.ag. 2018.

MEIRA, Liziane Angelotti. *Direitos Fundamentais e Tributação: saúde, salário, aposentadoria e tributação—tensão dialética*. In: BRANCO, Paulo Gonet; CORREIA NETO, Celso de Barros, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227-252.

MEIRA, Liziane Angelotti; TABAK, Benjamin Miranda; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa; CROOPE, Silvana. Políticas Públicas Brasileiras Relativas ao Comércio Exterior Para Combater O Covid 19. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, no. 64, 2021, p. 381-408.

MENDES, F. M. *Devedor Contumaz*: apontamentos acerca do Projeto de Lei no 1.646/2019, 2019. Disponível em: [http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE\\_ARRAZOADO\\_TECNICO\\_DEVEDOR\\_CONTUMAZ.pdf](http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE_ARRAZOADO_TECNICO_DEVEDOR_CONTUMAZ.pdf). Acesso em: 2 mar. 2020.

MÖLLER, Max. Sanção política e regime especial de fiscalização, *Revista Digital ESAPERGS*, Porto Alegre, no 2, p. 44-56, abr. 2014.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *BEPS ACTIONS*, s.d.. Disponível em <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions>>. Acesso em 14.fev.2023.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean 2022*, 2022. Disponível em <<https://www.oecd.org/ctp/revenue-statistics-in-latin-america-and-the-caribbean-24104736.htm>>. Acesso em 14.fev.2023.

O ESTADO DE S. PAULO. Lula avalia elevar isenção do IR a dois salários mínimos em 2023. Matéria disponível em < <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2023/02/06/lula-avalia-elevar-isencao-do-ir-a-dois-minimos-em-2023.htm>>. Acesso em 14.fev.2023.

PGFN. *PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL*. Boletim de Acompanhamento Gerencial Edição Especial – 2020, 2020. Disponível em < <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/estudos-sobre-a-dau/boletim-de-acompanhamento-gerencial-dezembro-2020.pdf>>. Acesso em 14.fev.2023.

PGFN. *Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Estudo Realizado pela PGFN Revela Perfil de Devedores Da Dívida Ativa , 2019. Disponível em < <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2019/estudo-realizado-pela-pgfn-revela-perfil-de-devedores-da-divida-ativa#:~:text=A%20pesquisa%2C%20conclu%C3%ADda%20em%20junho,0%2C6%25%20das%20entidades.>>. Acesso em 14.fev.2023.

PGFN/RFB. *Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 12 de janeiro de 2023*. [Institui o Programa de Redução de Litigiosidade Fiscal - PRLF, estabelecendo condições para transação excepcional na cobrança da dívida em contencioso administrativo tributário no âmbito de Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF e de pequeno valor no contencioso administrativo ou inscrito em dívida ativa da União. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=128395>. Acesso em: 24 mar. 2023.

PINTOS-PAYERAS, José Adrian. *Análise da progressividade da carga tributária sobre a população brasileira*. Repositório do Conhecimento do IPEA, 2010 Disponível em < <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5097>>. Acesso em 14.fev.2023.

RFB. *SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL*. Estudo sobre Impactos dos Parcelamentos Especiais. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017. Disponível em < <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos-e-imagens/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>>. Acesso em 14.fev.2023.

RFB. *SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL*. Carga Tributária no Brasil 2018. Análise por Tributos e Bases de Incidência., 2018. Disponível em < <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-2018/view>>. Acesso em 14.fev.2023.

RIBEIRO, L. M.; PEIXOTO, V. M.; BURLAMAQUI, P. O. Processo decisório e inovação institucional no presidencialismo de coalizão: um estudo a partir da gênese das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 272, abr-jun. 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Neotributação ou Justiça Distributiva? *Revista Colunistas Direito do Estado*, Rio de Janeiro, 2015, número 34. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ricardo-Lodi-Ribeiro/neotributacao-ou-justica-distributiva>. Acesso em 14.fev.2023

SENADO FEDERAL. *Resolução do Senado Federal nº 9 de 05 de maio de 1992*. [Estabelece alíquota máxima para o imposto sobre transmissão causa mortis e doação de que trata a alínea 'a', inciso I e paragrafo 1º, inciso IV do artigo 155 da Constituição Federal ]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/590017>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado (Complementar) no 284, de 21 de agosto de 2017*. [Regulamenta a Constituição Federal para prever critérios especiais de tributação a fim de prevenir desequilíbrios concorrenciais ]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130467>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SINPROFAZ. Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional. *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2018, 2019*. Disponível em < <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2018>>. Acesso em 14.fev.2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Plenário). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus no 163.334*. Relator: Min. Roberto Barroso, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RHC163334.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 379.572 RJ*. Relator: Min. GILMAR MENDES, 11 de abril de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4554/false>. Acesso em: 29 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 550.769/RJ*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 22 de maio de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>. Acesso em: 24 mar. 2023.

TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 89-117, 1997. Disponível em < [http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34\\_06.pdf](http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf)>. Acesso em 14.fev.2023.

VALOR ECONÓMICO. Lula Defende Isentar Ir Para Pobres, Aumentar para Ricos e Reajustar Salário Mínimo pelo PIB. Matéria disponível em < <https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/01/18/lula-defende-isentar-ir-para-pobres-aumentar-dos-ricos-e-reajustar-salrio-mnimo-pelo-pib.ghtml>>. Acesso em 14.fev.2023.

WORLD ECONOMICS. *Brazil's Gini Coefficient, 2019*. Disponível em < <https://www.worldeconomics.com/Inequality/Gini-Coefficient/Brazil.aspx>>. Acesso em 14.fev.2023

WORLD INEQUALITY LAB. *World Inequality Report, 2022*. Disponível em < <https://wir2022.wid.world/download/>>. Acesso em 14.fev.2023



RECEBIDO EM: 05/01/2023

APROVADO EM: 13/03/2023

# FRONTEIRAS DA VIDA E DA MORTE: A DIGNIDADE COMO PREMISSA

## *BORDERS OF LIFE AND DEATH: DIGNITY AS A PREMISE*

*Lorenzo Borges de Pietro<sup>1</sup>*

*Martiane Jaques La Flor<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direito à vida e a sua sacralização. 1.1. Direito à Vida e a sua Sacralização. 1.2. Direito à Vida e a sua Sacralização. 2. Morte Digna. 2.1. Diferentes Formas de Abreviar a “Vida”. 2.2. Autonomia e Liberdade: como pressupostos da dignidade. Conclusão. Referências.

1 Mestrando em Direitos Sociais na Universidade Federal de Pelotas - RS. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito na Universidade da Região da Campanha - São Gabriel.

2 Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil, Graduada em Ciências Contábeis e em Direito.



**RESUMO:** O presente artigo é elaborado a partir do questionamento de que a dignidade da pessoa humana é um direito a ser usufruído exclusivamente em vida ou pode ser tutelada na morte e após esta. A forma estrutural adotada foi o modelo de plano francês, a partir da adoção do método dedutivo. No texto se realiza um contraponto em à sacralização da vida, o ativismo religioso como freios ao sistema, a dignidade da pessoa humana e a morte. Objetiva-se discutir se o direito à vida é um direito absoluto, bem como demonstrar que o direito a uma morte digna através da eutanásia voluntária e do suicídio assistido pode servir de melhor forma a tutelar a dignidade da pessoa humana, do que uma vida sem autonomia e prolongada artificialmente. Desse cotejo será analisada a autonomia e a liberdade como pressupostos da dignidade da pessoa humana, entendendo-se que, devem ser oportunizados pelo Estado ao cidadão, a implementação de sua vontade pessoal, desta forma aquele possui o dever de legalizar e regulamentar a eutanásia e o suicídio assistido, como meios de concretização tanto do objetivo da liberdade, presente no art. 3º, Inciso I, da Constituição Federal, como do fundamento da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia. Dignidade da Pessoa Humana. Direito à Vida. Morte Digna. Sacralização da Vida.

**ABSTRACT:** This article is elaborated from the question that the dignity of the human person is a right to be enjoyed exclusively in life or can be protected in death and after death. The structural form adopted was the French plan model, based on the adoption of the deductive method. The text makes a counterpoint to the sacralization of life, religious activism as a brake on the system, the dignity of the human person and death. The objective is to discuss whether the right to life is an absolute right, as well as to demonstrate that the right to a dignified death through voluntary euthanasia and assisted suicide can better serve to protect the dignity of the human person, than a life without autonomy and artificially prolonged. From this comparison, autonomy and freedom will be analyzed as assumptions of the dignity of the human person, understanding that the State must provide the citizen with the opportunity to implement his personal will, in this way he has the duty to legalize and regulate euthanasia and assisted suicide, as a means of achieving both the objective of freedom, present in art. 3, Item I, of the Federal Constitution, as the foundation of the dignity of the human person.

**KEYWORDS:** Autonomy. Dignity of Human Person. Right to Life. Dignified Death. Sacralization of Life.

## **INTRODUÇÃO**

O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca do direito à morte digna, em contraponto ao direito à vida, sob o viés da laicidade do Estado brasileiro. A pergunta que se pretende responder é se a dignidade da pessoa humana é um direito que somente pode ser usufruído em vida ou deve também ser tutelado na morte e após esta.

As implicações culturais frutos de uma sociedade ocidental judaico-cristã entravam maiores discussões e avanços jurídicos sobre o tema. O fato é que a vida pertence a cada ser e não ao Estado ou à sociedade, tanto isso é verdade que qualquer um, pode, em tese, ceifar a própria vida, pelo seu livre-arbítrio. Nesse contexto insere-se o direito à liberdade e o de autonomia.

Para discussão e enfrentamento do problema, bem como para o alcance dos objetivos, o método científico de abordagem utilizado foi o dedutivo. O método dedutivo condiciona argumentos amarrados em fórmulas: se “p”, então “q”; Ora “p”, então “q”, ou seja, afirmação do antecedente e negação do consequente (LAKATOS; MARCONI, 2021, p.106).

Dessa maneira, tem-se por premissa que à dignidade é complementada pela autonomia, liberdade, integridade física e saúde, então a morte digna deve fazer frente ao ativismo religioso. Ora a eutanásia e o suicídio assistido são rechaçados em defesa do direito à vida, olvidando-se que sua condição é de que seja ela, digna. Assim, a não aceitação da morte digna fere o direito à liberdade e a própria dignidade.

A investigação está estruturada sob o modelo do plano francês, dividindo-se o estudo em duas partes, sendo a primeira destinada à exposição dos fundamentos gerais sobre o direito à vida e sua sacralização, através do viés religioso e a segunda, objetivando o aprofundamento do problema do direito à morte e o estudo dos direitos fundamentais, em especial, da liberdade e da dignidade.

Questiona-se se a vida é um direito absoluto, este é o grande mote de discussão, pois expor a temática do direito à morte como forma de proteger a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida deste pequeno estudo.

### **1. DIREITO À VIDA E A SUA SACRALIZAÇÃO<sup>3</sup>**

O direito à vida é um direito humano e um direito fundamental. Contudo o direito à morte é tratado como um tabu, silenciando-se, não somente o legislativo, como a própria academia. O termo “morte digna”, ou

---

<sup>3</sup> A palavra sacralização possui origem no latim eclesiástico, e é derivada da união das palavras sacra, relativa às coisas sagradas com a terminação sufixal ação, que evidencia um processo intencional de tornar sagrado, no caso tornar a vida sagrada (BARBOSA, 2006).

“direito à uma morte digna” perpassa preliminarmente pelo questionamento se o direito à vida é absoluto.

É comum se partir da premissa de que a vida é condição à existência e exercício dos demais direitos “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2017, p. 46).

A vida, contudo, é considerada culturalmente como propriedade de Deus, dada ao homem apenas para administrá-la, ou seja, há a sacralização da vida. Essa forte influência religiosa faz frente às permissivas de um direito de morte, agregado ao fato de que se defende a vida como um direito absoluto, uma vez que na lógica da sacralização da vida, aquilo que foge dos ideais sacros deve ser excluído (BAPTISTA, 2014, p. 60).

Soma-se a isso, o juramento de Hipócrates, o qual prevê que os médicos não cerceariam a vida de ninguém. Outrossim há o temor de que o Estado, tendo o poder de tirar a vida das pessoas, poderia matar pessoas inocentes tal qual ocorreu no sistema nazista da Alemanha. Porém nada disso se sustenta, pois a eutanásia será baseada em legislação prévia, regulamentada sob premissas médicas, ademais as atrocidades cometidas por Estados antidemocráticos ocorrerão havendo, ou não, a positivação da eutanásia.

### 1.1. Direito à vida, um direito absoluto?

Ter saúde não significa apenas ausência de doenças, ou seja, não ser acometido de patologias, mas ser saudável é deter um estado de completo bem-estar físico, mental e social, conforme define a Organização Mundial da Saúde (2014, p.1). Nas origens da civilização ocidental, o fato de alguém pertencer a espécie *homo sapiens* não lhe garantia proteção à vida<sup>4</sup>, essa ideia surgiu com o advento do cristianismo.

Segundo a origem religiosa o homem seria imortal e destinado a uma eternidade, seu assassinato, portanto o destinava a esta eternidade. Outra crença religiosa é a de que todos pertencem a Deus, já que ele criou a todos e “matar um humano seria usurpar o direito divino de decidir quando devemos viver e quando devemos morrer” (SINGER, 2018, p.123).

A interrupção voluntária da vida para o cristianismo é tida por pecado<sup>5</sup>: “[...] a passagem desta vida a uma vida mais feliz não depende do livre-arbítrio, mas do poder divino. Logo, não é permitido ao homem matar-se [...]” (AQUINO, 2005, p. 139).

A celeuma em torno do vocábulo “vida” perpassa o direito, atravessa a biologia e é interferida pela religião. Qual é a compreensão que o vocábulo

4 Escravos, bárbaros e até mesmo bebês deformados tinha a sentença de morte imposta a eles. (SINGER, 2018, p.123).

5 “A vida é um dom de Deus ao homem e permanece sempre dependente do poder daquele que ‘faz morrer e faz viver’. Quem se priva da vida, peca, portanto, contra Deus” (AQUINO, 2005, p. 138).

vida engloba para fins de reconhecimento pelo ordenamento jurídico, qual seu limite para que seja protegida? Esses questionamentos são essenciais quando, por exemplo, o direito autoriza a doação de órgãos de uma “vida” com morte encefálica ou autoriza o fim de uma vida de sofrimento com destino certo de morte.

O direito à vida constitui a base fundante de outros direitos, contudo qualquer direito é disponível, inclusive este, assim, o direito à vida é um direito fundamental, porém não absoluto, pois nenhum direito o é<sup>6</sup>. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou nesse sentido: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.” (STF, 2000, s.p).

O direito à vida deve ser interpretado conjugado ao princípio da dignidade humana, respeitando as decisões pessoais de caráter existencial, pois a proteção estatal não abarca apenas a vida biológica, mas a vida digna.

O então, Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016, s.p) associa a dignidade com a autonomia, a qual pressupõe a capacidade de autodeterminação e o direito de decidir os rumos da própria vida, isso significa poder realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões que o indivíduo tomou. Ao final de seu voto, o ministro acresce que “decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros, o Estado não pode interferir para subtraí-las do indivíduo, sob pena de violar a sua dignidade” (Ibid., grifos nossos). De mesmo modo o Tribunal Constitucional da Colômbia se manifestou na Sentencia C-239 de 1997 - reconhecendo o direito a eutanásia voluntária de doentes terminais –, com fundamento na dignidade com autonomia (SARMENTO, 2016, p. 143-144).

O respeito e a responsabilidade solidária de cada um pelos demais está constitucionalmente regrada, esse respeito alcança as escolhas do outro, ainda que contrárias à nossa, ou seja “pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do direito” (STF, 2011, s.p.). Como se vê, o limitador das escolhas realizadas é o direito dos demais. Ao escolher uma morte digna a pessoa não infringe direitos dos outros, apenas pratica a disponibilidade de um direito seu, que é a sua própria vida.

O ordenamento jurídico, destarte protege a vida digna, porém não a impõe. O limite, então para sua proteção é o desejo da pessoa, que se

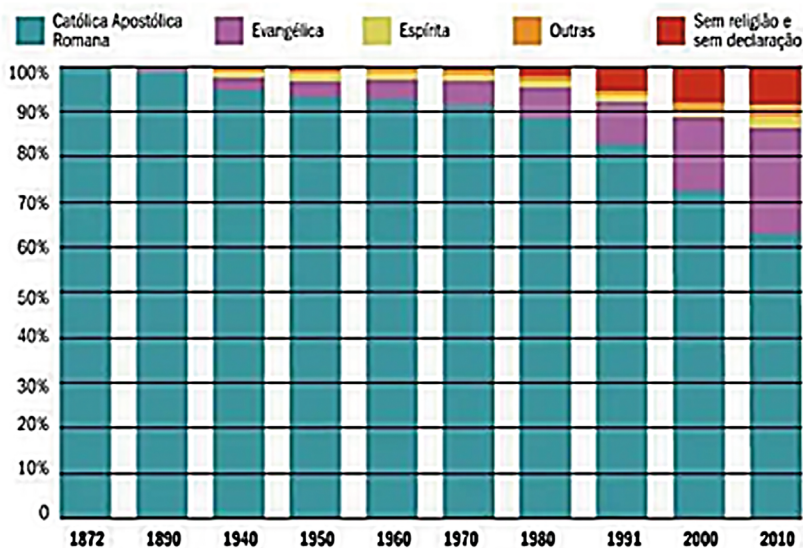
6 Não se entrará no presente momento na discussão levantada por Bobbio acerca do caráter absoluto do direito a não ser escravizado e o do direito a não ser torturado, uma vez que tais exceções apontadas pelo jurista italiano não se prestam ao presente texto, entretanto necessária sua menção (BOBBIO, 2004, p. 61)

autodetermina e pode dispor livremente de seu direito, desde que não atinja a esfera de direito de terceiros. O maior entrave para que haja positividade da eutanásia e do suicídio assistido provém das crenças religiosas e não de argumentos médicos ou científicos.

## 1.2. Ativismo religioso: freios ao sistema

A sacralização da vida é condição de todas as religiões, não ficando adstrita apenas ao cristianismo. O Brasil é um país essencialmente religioso, no último censo (2010) percebeu-se que é a “a maior nação católica do mundo”. (AZEVEDO, 2020, s.p).

Quem mais cresce são os evangélicos, que, nestes quarenta anos saltaram de 5,2% da população para 22,2% (IBGE, 2012a, s.p.)<sup>7</sup>. Os evangélicos aparecem com o segundo maior dado no levantamento do IBGE (2012b, s.p.), perdendo, apenas para a religião católica.



Fonte: Diretoria Geral de estatística, Recenseamento do Brasil 1872/1890, e IBGE, *Censo Demográfico 1940/1992*

Fonte: AZEVEDO, 2020, s.p

Ambas religiões de maiores adeptos no país têm por preceitos a proibição de morte, condenando tanto a eutanásia, quanto o suicídio assistido. Em relação à doutrina católica, o documento elaborado pelo Vaticano (2020,

<sup>7</sup> 64,6% de católicos, 22,2% de evangélicos, 2,0% de espíritas e 0,3% de religiões afrodescendentes. As demais religiões, os ateus e os agnósticos representam o restante da população brasileira (IBGE, 2012, s.p.).

s.p.), intitulado “Samaritanus Bonus” (O Bom Samaritano), condena os atos de disposição da vida para a morte: “Aborto, eutanásia e até mesmo o suicídio deliberado degradam a civilização humana, desonram mais seus autores do que suas vítimas e são totalmente contrários à honra devido ao Criador”. Tal documento veio em resposta aos países da Espanha e Colômbia que permitiram legalmente a eutanásia<sup>8</sup>.

Em relação aos evangélicos, a Aliança Evangélica em Portugal (2021, s.p.) emitiu comunicado conjunto com nove comunidades religiosas<sup>9</sup>, em 29 de janeiro do presente ano, condenando a eutanásia, considerando a lei autorizativa do procedimento como um “retrocesso civilizacional sem precedentes”.

Além da ideologia de que a vida pertence a Deus, “un'altra resistenza che le persone hanno nei confronti dell'eutanasia è la speranza che anche nei casi più gravi, irrecuperabili e terminali ci sia sempre la possibilità che la persona possa guarire, che possa accadere un “miracolo”<sup>10</sup>.

O Parlamento português registou 136 votos a favor, 78 contra e quatro abstenções, estabelecendo que a morte medicamente assistida pode ser pedida por pessoas residentes em Portugal com mais de 18 anos, sem problemas ou doenças mentais, em situação de sofrimento e com doença incurável (VIEIRA, 2021, s.p.). O fato desencadeou forte reação da Conferência Episcopal Portuguesa, que em nota, afirmou: “Não podemos aceitar que a morte provocada seja resposta à doença e ao sofrimento” (Ibid). Os evangélicos, no Brasil, também se manifestaram contra proposta de alteração do Código Penal, que descriminalizava a eutanásia (CÂMARA, 2012, s.p.).

Importante se constatar que no Brasil a participação religiosa ativa na política e no processo legiferante, encontra respaldo desde o início da atual ordem, com 37 membros da bancada evangélica na Assembleia Nacional Constituinte (DANTA, 2011, p. 24). Atualmente a dita banca evangélica, segundo levantamento feito pelo jornal Folha de São Paulo acerca das eleições de 2022, possui 102 deputados federais e 13 senadores, o que equivale a 20% da Câmara dos Deputados e 16% do Senado Federal, demonstrando cada vez mais uma atuação religiosa na política e na democracia brasileira.

8 Na Europa, apenas 4 países legalizaram a eutanásia: Espanha, Luxemburgo, Bélgica e Holanda. A Suíça só legalizou o suicídio assistido, enquanto a Alemanha, apenas descriminalizou a conduta. Os países não europeus que legalizaram a eutanásia são o Canadá em 2016 e o Colômbia em 2015. A Austrália e os Estados Unidos a legalizaram apenas em alguns estados. Em movimento contrário, a Itália, em referendo, obteve um milhão e duzentas assinaturas com o objetivo de revogar parte de dispositivo do Código Penal que permitiria a aprovação da eutanásia legal, se bem-sucedida a eutanásia ativa seria permitida apenas quando de testamento vital e consentimento informado. (MARIA, 2022, p.31;20). Essa mobilização da sociedade italiana ratifica a forte influência do cristianismo na condução da sociedade.

9 O documento é assinado por representantes da Aliança Evangélica Portuguesa, Comunidade Hindu Portuguesa, Comunidade Islâmica de Lisboa, Comunidade Israelita de Lisboa, Igreja Católica, Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (Mórmons), Patriarcado Ecumênico de Constantinopla (Igreja Ortodoxa), União Budista Portuguesa e União Portuguesa dos Adventistas do Sétimo Dia.

10 Outra resistência que as pessoas têm à eutanásia é a esperança que mesmo nos casos mais graves, irrecuperáveis e terminais há sempre a possibilidade que a pessoa pode curar, que um “milagre” pode acontecer (MARIA, 2022, p.28, tradução livre).

Contudo, crenças particulares não podem se sobrepor à liberdade individual. Percebe-se que o argumento ético e legal provém da teologia cristã, na qual a sociedade sustenta que Deus criou a vida e dirige as coisas por sua vontade, então o suicídio é uma rejeição ao Deus como criador de tudo (SIMMONS, 2018, s.p.).

Ao passo que a tecnologia aumenta, também aumentam os meios para manter as pessoas vivas, porém que vida é essa que se mostra impossível sem o auxílio da tecnologia de maneira direta? Não se pode olvidar que o paciente não é uma máquina ou sua extensão, ele tem desejos, medos e vontade. A humanização reclama autonomia de morte às pessoas, ao passo em que a sobrevida se impõe através de dolorosos tratamentos, sabidos ineficazes à cura. Um olhar holístico do paciente e da própria bioética é pungente, e é o que se destina neste ensaio.

Além dos católicos e dos evangélicos, ambos baseados no cristianismo, o judaísmo, o islamismo e o budismo também reconhecem sacralidade à vida. Enquanto os quatro primeiros atribuem a Deus a propriedade da vida, todos rechaçam a eutanásia. Cabe referir, todavia, que o Brasil é um Estado laico desde a Constituição Republicana, consagrando a liberdade de crença e culto, constituindo-se uma sociedade pluralista.

Muito embora a passagem “sob a proteção de Deus” insere no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 possa causar certa dúvida quanto à laicidade do Estado brasileiro, a liberdade resguarda o direito de todos (art. 5º, VI; VIII, da Constituição Federal de 1988).

Afirmar que um Estado é laico é afirmar que entre a religião e a política inexistente interdependência, havendo neutralidade nas decisões, permitindo que diversas e, até mesmo opostas, opiniões sejam manifestadas, quer por religiosos, quer por ateus. Uma verdadeira “imunidade de qualquer coação externa”, fundada na dignidade humana (SCAMPINI, 1974, p.370).

Posturas estatais não podem ser baseadas em ideais religiosos. O valor laico da tolerância é um valor político intrínseco à democracia, pois nesse regime há harmônica convivência entre diferentes valores e crenças (BOVERO, 2002, p. 45).

Por outro lado, manter a vida artificialmente não seria uma forma de mudar a vontade de Deus? Romper com a ordem natural das coisas? Fica a reflexão. Sobre esse ponto, o papa João Paulo II, afirmou que não se poderia remover<sup>11</sup> a sonda alimentar de pessoas em estado vegetativo alegando que isso seria uma maneira natural de preservação da vida e não um ato médico, opostamente remover um respirador artificial seria um ato médico (SINGER, 2008, p.278-279), como se percebe, não há lógica explicativa.

11 Sobre esse ponto, Singer (2008, p.276) pondera que “não existe nenhuma diferença moral intrínseca entre matar e permitir a morte”, não diferenciando-se a eutanásia da não administração de tratamento paliativo.

Argumentos religiosos, sem lógica, tal qual o exposto acima, baseados em crenças pessoais não podem dilapidar a dignidade de quem é dono da própria vida e assim, tem o direito de dispô-la, daí se falar em morte digna.

## **2. MORTE DIGNA**

O fato é que “onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, [...] não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças” (SARLET, 2015, ps. 1142).

Em decisão sobre direito à morte em caso de aborto de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal (2004, s.p.) decidiu que sendo “a vida absolutamente inviável” e sendo “fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte”, traz argumentos que se encaixam nos preceitos de pacientes terminais sem expectativas de melhoria de vida. Argumentos este que também foram utilizados pela Corte Constitucional da Colômbia no Sentença C- 239 para reconhecer o direito à eutanásia voluntária em pacientes terminais, sob o argumento de que “a Constituição se inspira na consideração da pessoa como sujeito moral, capaz de assumir, de forma responsável e autônoma, as decisões sobre os seus assuntos próprios” (COLÔMBIA, 1997, s.p)

Nos Estados dos Estados Unidos as justificativas mais comuns citadas para apoiar uma Lei de morte digna têm sido os princípios de autonomia e dignidade (SIMMONS, 2018, s.p.). Nesse país, o argumento chave para o reconhecimento desse direito partem da ideia de autodeterminação do paciente no final da vida” (Ibid.). Cabe, entretanto, ressaltar que este direito não é plenamente garantido, algumas condições são impostas, quer de expectativa de tempo de vida, quer de tipo de doença, que deve ser terminal.

Os argumentos, podem se resumir ao discurso da paciente Brittany Maynard:

I would not tell anyone else that he or she should choose death with dignity. My question is: Who has the right to tell me that I don't deserve this choice? That I deserve to suffer for weeks or months in tremendous amounts of physical and emotional pain? Why should anyone have the right to make that choice for me?<sup>12</sup>

Roxin (2006, p.202) também parte da autonomia, em defesa da exclusão da punibilidade no caso da eutanásia passiva. No entanto, maneiras passivas

12 Eu não diria a ninguém que ele ou ela deveria escolher a morte com dignidade. Minha pergunta é: Quem tem o direito de me dizer que não mereço essa escolha? Que eu mereço sofrer por semanas ou meses em tremendas dores físicas e emocionais? Por que alguém deveria ter o direito de fazer essa escolha por mim? (CNN, 2014, s.p., tradução livre).



de pôr fim à vida arrastam penosamente o indivíduo em direção à morte, e se o objetivo é uma morte rápida e indolor, mais argumentos se teria em favor da eutanásia ativa, pois se assim foi a opção do paciente, que ela seja realizada da melhor maneira possível (SINGER, 2008, p.281). Assim, foi o reconhecido pela Corte Constitucional da Colômbia ao reconhecer a impossibilidade de o Estado impor o dever do cidadão “continuar vivendo, quando, pelas circunstâncias extremas em que se encontram, não o consideram desejável nem compatível com a sua própria dignidade, com o argumento inadmissível que uma maioria o julga um imperativo moral ou religioso” (COLÔMBIA, 1997, s.p.).

Sob a linha Kantiana, a autonomia, ou seja, a capacidade de escolher e agir de acordo com as decisões, é um princípio moral básico. Contrariamente, os utilitaristas, aceitariam correto matar uma pessoa que não optou pela morte quando ela vive miseravelmente (SINGER, 2008, p.135). Nesse compasso, a eutanásia voluntária seria aceita pelas duas doutrinas. Necessário se faz um estudo sobre as terminologias empregadas para os procedimentos que põe fim à vida.

## 2.1. Diferentes formas de abreviar a “vida”<sup>13</sup>

Muita confusão se faz em relação a terminologia, cabendo esclarecer quais as diferenças existentes nas diversas formas de abreviar a vida. A abreviação da vida pode ocorrer por vários procedimentos: eutanásia, suicídio médico assistido, distanásia e ortotanásia.

Eutanásia provém do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, ou mesmo “morte apropriada”, utilizada para tratamento adequado às doenças incuráveis e compreende o ato deliberado de terceira pessoa para aliviar o sofrimento de outra, causando-lhe a morte. Pode ser de conduta ativa (acarretada por um ato) ou passiva (acarretada por uma omissão) (GOLDIM, 2004, s.p.). Pode ser também, voluntária ou involuntária quando atender à vontade, ou não, do paciente.

Já o suicídio assistido é quando a pessoa conta com o auxílio de terceiro para concretizar sua intenção de morrer, já que não consegue por si só realizar o ato. (Ibid),

A Distanásia por sua vez é o tratamento ineficaz de paciente terminal, submetendo-o a grande sofrimento, prolongando-se o processo de morte, sem perspectiva alguma. Na Europa assume o termo “obstinação terapêutica” e nos Estados Unidos, “futilidade médica” (PESSINI, s.a., p.1).

A ortotanásia é a abordagem adequada diante do paciente que está morrendo, ortotanásia tem o sentido de “morte no seu tempo”, sem abreviação

<sup>13</sup> Emprega-se o termo vida entre aspas, pois conforme exposto anteriormente, para fins deste trabalho e proteção do ordenamento jurídico brasileiro, não basta a vida biológica, mas uma vida caracterizada pela dignidade.

nem prolongamentos desproporcionados do processo de morrer (PESSINI, s.a., p.1).

Nesse estudo iremos nos ater, apenas, à eutanásia voluntária e ao suicídio assistido, pois o foco está na vontade deliberadamente exposta pelo paciente. Não que não haja argumentos<sup>14</sup> em defesa da eutanásia não voluntária, que se diferencia da involuntária<sup>15</sup>, porém há um pressuposto que a eutanásia voluntária é mais fácil de ser aceita e será um embrião para a defesa da eutanásia não voluntária.

Como vimos, a eutanásia voluntária é aquela realizada a pedido volitivo da pessoa a ser morta e, para que a vontade não esteja viciada, a pessoa deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais. A plenitude de suas faculdades pode ocorrer em ato anterior, quer por meio de escritura pública declaratória ou documento comprobatório que ateste sua vontade, dá-se a isso, o nome de testamento vital ou diretiva antecipada de vontade.

O testamento vital carece de legislação no Brasil, contudo a Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina o conceitua em seu art. 1º:

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (LEGIS, 2012, s.p.).

A eutanásia não é permitida no Brasil e mesmo que haja testamento vital neste sentido, não poderá, o paciente, se negar a tratamento paliativo. Portanto, o testamento vital permite apenas, que se expresse vontade em procedimentos que não o trariam a cura ou adoção de procedimento para uma vida exclusivamente artificial.

A vida deixa de ter valor intrínseco quando o paciente em estado vegetativo persistente não percebe o que ocorre ao seu redor e nunca poderá recobrar sua consciência (SINGER, 2008, p.255).

A pessoa é o único juiz da qualidade e de sua dignidade. Ninguém pode julgar por ela. É o olhar que tem de si mesmo que vale e não o olhar dos outros. A dignidade é uma compreensão pessoal que ninguém pode interpretar. É um componente da liberdade de cada pessoa (PESSINI, 2007, p. 382).

14 Dentre eles, intenso sofrimento familiar, dor física ou psíquica do próprio paciente, gastos desnecessários e vultuosos do Estado em manter um paciente terminal, etc.

15 Eutanásia *voluntária* é a praticada mediante pedido expresso e livre da pessoa a ser morta, eutanásia *involuntária* ocorre quando a pessoa tem condições de consentir com a própria morte, mas não o faz, ou porque não a questionaram ou porque se perguntaram ela optou por continuar vivendo e por fim, eutanásia *não voluntária* se dá nos casos em que o paciente é pessoa incapaz de consentir, incluindo-se aí, os bebês com doenças incuráveis ou graves deficiências e adultos que por doença, acidente ou velhice perderam a capacidade de compreensão sem que tenham previamente solicitado ou recusado a eutanásia (SINGER, 2008, p.240-241).

A liberdade deve ser assegurada a todos, acatando suas decisões, ainda que seja de terminalidade da vida. Interessante refletir que ninguém pode obrigar alguém a viver e a absolutização do direito à vida, arrefece diante da qualidade empregada à vida, relativizando o princípio da santidade.

## 2.2. Autonomia e liberdade: como pressupostos da dignidade

Uma das facetas da garantia da dignidade humana é o direito inalienável a uma morte digna, que perpassa pela autonomia e a liberdade de deliberação sobre o fim da própria existência, sendo o direito de morrer a própria morte o último direito potestativo do cidadão (RIBEIRO, 2006, p. 1753).

Autonomia é o “poder de realizar escolhas livremente, partindo de valorações morais próprias, isentas de *interferências externas*” (BARCELLOS, 2002, p. 223). Quando se fala em interferências externas, se fala tanto da sociedade, quanto do Estado, assim sendo, o Estado sendo laico, não poderá impor questões dessa ordem para frear disposições de direitos das pessoas, tampouco a sociedade reconhecendo-se religiosa, pode impor suas crenças para limitar opções individuais.

Lembra-se que liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem (SILVA, 2005, p.233) e, dispor do direito à própria vida não ofende a direitos de terceiros<sup>16</sup>. “Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes” (DWORKIN, 2009, p.343-343).

Ao direito à vida estão circunscritos o direito à integridade física, liberdade e saúde, todos perecidos diante de pacientes sem a possibilidade de cura iminente, que atravessam dolorosos tratamentos, os quais impingem sofrimentos extensivos à suas famílias.

A liberdade além de direito fundamental é objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, Constituição Federal de 1988) e conclama autonomia do cidadão desde que seus atos não violem a esfera de terceiros. O direito à escolha do abreviamento da própria vida perfectibiliza esse direito e faz viva a regra do art. 5º, II da Constituição Federal de 1988. Para o exercício dessa liberdade o Estado deve oferecer subsídios para implementação da autonomia privada, nesse compasso a liberação da eutanásia e do suicídio assistido é ato que se impõe.

Já o direito à saúde, frisa-se, não se limita a receber tratamento médico para fins de manutenção da vida a qualquer custo, o mote

16 Muito além, sob uma visão utilitarista, poderia até se alegar que se diminuiriam os sofrimentos de familiares e os gastos para manutenção de uma vida indigna, já que o utilitarismo prega que “ação deve ter por finalidade proporcionar a maior quantidade de prazer (bem-estar) ao maior número de pessoas possível para que seja moralmente correta” (PORFÍRIO, s.a., s.p.).

deve ser o de uma vida digna, de bem-estar e de felicidade. Ademais a vida é disponível, pois a tentativa de suicídio e a autolesão não são criminalizadas, ou seja, exercer o direito à vida pressupõe o direito de dispô-la. Interessante que, ainda que o suicídio seja legal em muitas jurisdições, o mesmo não ocorre com o suicídio assistido, no qual o agente que assiste responde penalmente.

Outro argumento contra o prolongamento de uma vida de sofrimento, sem esperança de reversão da doença e ligado ao direito à saúde é a norma que estipula que ninguém será submetido a tratamento degradante (art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988). Ao passo que a Constituição veda tratamento degradante, o Código Penal penaliza condutas da eutanásia ou de auxílio ao suicídio (arts. 121 § e 122), em um aparente contrassenso.

Acima de tudo, a dignidade é o cerne da discussão, sem ela não se discute direito à saúde, liberdade e vida.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na *autodeterminação consciente e responsável da própria vida* e que traz consigo a pretensão ao *respeito por parte das demais pessoas*, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao *direito à felicidade* (MORAES, 2017, p. 345, grifos nossos).

Dessarte a dignidade pressupõe autodeterminação, respeito pelas escolhas do outro e reconhecimento pela busca da felicidade, a qual está compreendida na diminuição de dor e sofrimento.

Dentre todas as decisões tomadas por alguém, as que dizem respeito à vida e à morte são as mais importantes e cruciais para a formação e expressão da personalidade, [portanto,] qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos. (DWORKIN, 2009, p. 343).

Autorizar a eutanásia e o suicídio assistido é urgente para fins de Estado democrático. A aceitação da terminalidade da vida como um fato natural pressupõe o entendimento de que a vida é um direito do indivíduo e não um dever.

A laicidade do Estado afasta a religião como doutrina estatal, protegendo a liberdade religiosa e a democracia. Nesse contexto, o Estado laico não pode impor crenças religiosas nos ditames constitucionais. Em razão disso o direito à morte digna deve ser interpretado extirpando-se qualquer visão de cunho religioso.

A centralidade do debate cinge-se ao livre-arbítrio do paciente para que possa decidir seu destino sem interferências de qualquer ordem, em especial, religiosas, afinal a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil. “[...] a pessoa tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo” (FERREIRA FILHO, 2000, p.19).

As condutas deverão ser pautadas sob o prisma da dignidade, sempre tendo em conta a não coisificação do ser humano, preservando sua condição digna. Manter um paciente em sofrimento sem esperança segura de cura violam todos os direitos ínsitos à dignidade (vida, saúde, integridade, autonomia) e a própria dignidade em si.

Procurar una buena muerte, es utilizar todas las alternativas que están a nuestro alcance, a fin de conservar la dignidad de la persona, sin excesos que produzcan daño y sin desplazar o desechar los valores del individuo [...] reconociendo con ello que quien es responsable ante su vida, puede ser responsable ante su muerte.<sup>17</sup>

Nos países que foram adotadas regras para liberação da eutanásia houve um intenso apoio à área médica, garantindo aos médicos que eles não seriam processados caso a praticassem (SINGER, 2008, p.260).

O critério hermenêutico, o fim e o limite sempre deve ser a dignidade, o direito de morrer nasce quando a vida começa a ser degradante, daí se falar em um direito à morte digna.

## CONCLUSÃO

As discussões sobre a terminalidade da vida através da eutanásia e do suicídio assistido são temas complexos e de maneira alguma se esgotam neste projeto.

Alguns dos resultados obtidos na presente análise, foi o de reconhecer a vida como um bem maior de onde desaguam demais direitos, como a liberdade, autonomia, saúde e dignidade.

<sup>17</sup> Buscar uma boa morte é utilizar todas as alternativas que estão ao nosso alcance, a fim de conservar a dignidade da pessoa, sem excessos que causem danos e sem deslocar ou descartar os valores do indivíduo [...] reconhecendo com ele, que quem é responsável por sua vida, pode ser responsável por sua morte (FABRE, SANCHÉZ, 2020, p.47, tradução livre)

A vida, entretanto, foi analisada sob o prisma da dignidade, não bastando apenas a vida biológica para ser considerada acobertada pelo Direito. O aspecto é muito mais amplo e aborda profundo debate sobre o direito a uma morte digna. Ao passo que se reconhece a vida como um direito e não como um dever, outrossim umbilicalmente ligada ao advérbio digna, procedimentos como eutanásia e suicídio assistido vêm em salvaguarda da dignidade.

Limitou-se o estudo aos casos de eutanásia e suicídio assistido, pois em ambos há o conteúdo volitivo do paciente que expressa sua vontade livre desejando pôr fim ao seu sofrimento e, inevitavelmente à sua vida.

O prolongamento de uma vida de sofrimento e indigna deturpa a dignidade e causa inúmeros sofrimentos não somente ao paciente, mas a sua família e, a até mesmo à sociedade.

Qualquer análise para ser neutra tem de partir de um Estado livre de influências religiosas. Nesse desiderato constatou-se que o Brasil é um país religioso, de formação cristã e que em razão disso, sacraliza a vida e penaliza a morte, ainda que de pacientes terminais. Um Estado que se diz democrático não pode aceitar que crenças particulares dirijam os desejos de outros, atingindo sua autonomia e liberdade, diluindo a sua dignidade. O fato é que a vida pertence a cada ser e não ao Estado ou à sociedade.

Os argumentos lançados em defesa do aborto do feto anencéfalo em decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, encaixam-se nos casos de pacientes terminais: sem expectativa de vida e sofrimento desnecessário, o que reforçam a tese em defesa da eutanásia e do suicídio assistido.

A vida não é um direito absoluto, há a proteção estatal a uma vida digna, mas não um dever a essa mesma vida, portanto sendo um direito, pode ser disposto, conforme autodeterminação pessoal.

Percebeu-se que o respeito pelas escolhas dos outros no limite que não atinjam esfera de terceiros, reconhecendo a busca individual pela felicidade é o que os defensores de uma morte digna clamam.

A autonomia e a autodeterminação, peças-chaves da dignidade, fazem coro em defesa de uma morte digna, porém nem mesmo quando expressamente consignado em testamento vital, tem-se esse direito reconhecido no Brasil.

O poder de realizar escolhas livremente partindo de valorações próprias é primado de um Estado democrático, Estado que o nega, torna-se totalitário. Por outro lado, exigir uma morte lenta e degradante é extirpar qualquer dignidade do paciente terminal.

Assim, a não aceitação da morte digna fere os direitos de autonomia, liberdade, saúde, vida e a própria dignidade.

Uma interpretação à luz do princípio da dignidade já autorizaria a prática desses atos, muito embora, por falta de legislação expressa, muitos

médicos tenham temor de praticá-la, sob a possibilidade de enquadramento em tipos penais normatizados. Em razão disso, convoca-se a comunidade acadêmica para que mais discussões como estas surjam, impulsionando o legislativo a normatizar as formas dignas de terminalidade da vida. Outrossim, o judiciário, em casos concretos, a dar o primeiro passo em defesa da dignidade daqueles que carecem da proteção estatal em seu momento terminal.

Em resumo, a morte digna perpassa por uma vida digna, que deve ser reconhecida e garantida pelo Estado, além das crenças religiosas majoritárias da sociedade, além das verdades pessoais de cada um.

## REFERÊNCIAS

ALIANÇA Evangélica. *Tomada de posição sobre eutanásia*, 2021. Disponível em: <https://aliancaevangelica.pt/site/2021/01/31/tomada-de-posicao-da-aep-eutanasia/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Carlos Josaphat de Oliveira et al. . v. 6. São Paulo: Loyola, 2005

AZEVEDO, Reinaldo. *O IBGE e a religião* — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. Veja, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>. Acesso em: 27 out. 2022.

BAPTISTA, Mauro Rocha. *Notas sobre o conceito de vida em Giorgio Agamben*. Profanações, v. 1, n. 1, p. 53-74, 2014.

BARBOSA, Késia Mendes. *A sacralização da arte e do artista: seus mitos e desafios à prática docente em artes*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2006. Disponível no link: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/2062/1/Dissertacao%20Kesia.pdf> . Acesso em: 01 dez. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Frente evangélica critica propostas que tratam de eutanásia, aborto e drogas*, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/390754-frente-evangelica-critica-propostas-que-tratam-de-eutanasia-aborto-e-drogas/#:~:text=Integrantes%20da%20Frente%20Parlamentar%20Evang%C3%A9lica,caracterizado%20o%20estupro%20de%20vulner%C3%A1vel>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 84025/RJ*. Realização de aborto eugênico. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Impetrante: Fabiana Paranhos e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança nº 23.452/RJ*. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação (CF, Art. 58, §3º). Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator Min. Celso de Mello, 02 de maio de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 898.450/SP*. Tatuagem. Concurso público. Edital. Requisitos para o desempenho de uma função pública. Ausência de previsão em lei formal estadual. Impossibilidade. Ofensa ao art. 37, I, da Constituição da República. Recorrente: Henrique Lopes Carvalho da Silveira. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de agosto de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1297713>. Acesso em: 2 out. 2022.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional da Colômbia*. Sentença C - 297 de 1997. Carlos Gaviria Díaz, 1997.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. *Religião e política*: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal. Tese de Doutorado em Psicologia Social. Programa de Pós Graduação em Psicologia Social da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011.



DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes; 2009.

FABRE, Armando Adriano; SANCHEZ, Modesta Lorena Hernández. *Muerte digna*. Enfoques Jurídicos, Núm. 1 (Enero-Junio 2020).p.35-49. Disponível em: <https://enfoquesjuridicos.uv.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/2531/pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOLDIN, José Roberto. *Eutanásia*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm#:~:text=O%20termo%20Eutan%C3%A1sia%20vem%20do,tratamento%20adequado%20as%20doen%C3%A7as%20incur%C3%A1veis%22,2004>. Acesso em: 26 out. 2022.

IBGE. Censo Demográfico 2010a, *Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE; 2012.

IBGE. *Censo Demográfico 2010b*, amostra religião. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/go/americano-do-brasil/pesquisa/23/22107>. Acesso em: 29 out. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Metodologia científica*. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LEGIS web. *Resolução CFM n.1995 de 09/08/2012*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>. Acesso em: 28 out. 2022.

MARIA, Pietro Putti. *Eutanasia: um passo avante per i diritti dell'uomo*. Corto di Laurea Triennale in Economia e commercio, Università politécnica dele marche facoltà di economia “Giorgio Fuà”, 2022.

MAYNARD, Brittany, *My Right to Death with Dignity at 29*, CNN, 2014. Disponível em <http://edition.cnn.com/2014/10/07/opinion/maynard-assisted-suicide-cancer-dignity/index.html>. Acesso em: 26 out. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2017.

PESSINI, Léo. *Distanásia: até quando investir sem agredir?* Revista bioética, s.a., vol.4, n.1, p.1-11. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/>

revista\_bioetica/article/viewFile/394/357#:~:text=O%20prefixo%20grego%20dis%20tem,submete%20Do%20a%20grande%20sofrimento. Acesso em: 26 out. 2022.

PESSINI, Leocir. *Distanásia*: até quando prolongar a vida? 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PORFÍRIO, Francisco Porfírio. *Utilitarismo*, s.a.. Brasil escola Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/utilitarismo.htm>. Acesso em: 30 out. 2022.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 22 (8), 2006, p. 1.749-1.754.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia*: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Editora Fórum, 2016.

SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, nº 42, p. 369-430, 1974.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIMMONS, Kevin M. *Suicide and Death with Dignity*. National Library of Medicine, 2018. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6121057/#fn4>. Acesso em 26 out. 2022.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 4ª ed. São Paulo: Martins Fonte, 2018.

VATICANO. *Carta Samaritanus Bonus*, 2020. Disponível em: samaritano [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20200714\\_samaritanus-bonus\\_po.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20200714_samaritanus-bonus_po.html). Acesso em: 29 out. 2022.

VIEIRA, Ricardo. “*Retrocesso sem precedentes*”. Bispos manifestam “tristeza e indignação” com aprovação da eutanásia, Renascença, 2021. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/2021/01/29/religiao/retrocesso-sem-precedentes-bispos-manifestam-tristeza-e-indignacao-com-aprovacao-da-eutanasia/noticia/224653/>. Acesso em: 29 out. 2022.

WORLD Health Organization. *Constitution of the World Health Organization*. 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7>. Acesso em 24 out. 2022.

RECEBIDO EM: 05/09/2022

APROVADO EM: 13/03/2023

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DESAFIOS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## *FREEDOM OF EXPRESSION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL-CONSTITUTIONAL SYSTEM: CHALLENGES TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION*

“De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado. Rui Barbosa.

*Mônia Clarissa Hennig Lea<sup>1</sup>*

*Celso Jerônimo de Souza<sup>2</sup>*

- <sup>1</sup> Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul-RS - Brasil). Pós-Doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls), Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. E-mail: moniah@unisc.br.
- <sup>2</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre. Formado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, atual Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC. Especialista em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes/UCAM. Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada de Pernambuco/FACIPE. E-mail: celsojeronimo@uol.com.br.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conceito de direitos fundamentais enquanto sistema de valores e legitimação do ordenamento jurídico. 2. Direitos fundamentais e a interface com a teoria da dimensão objetiva: efeitos irradiativos e repercussão nas relações do estado com o indivíduo e nas relações interprivadas. 3. A posição da liberdade de expressão como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O que se aspira com este artigo, para além de investigar, é demonstrar a posição ocupada pela liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais no contexto do sistema jurídico constitucional do Brasil, passando pela análise do conceito e (in)dependência do legislador ordinário para lhe dar concretude, a par da supremacia e centralidade da Constituição. Será analisada, também, a eficácia e dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, seja nas relações entre Estado e indivíduo, ou nas relações entre particulares, vinculando tanto os Poderes constituídos como os órgãos e instituições do Estado, na perspectiva da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O trabalho pretende, ainda, responder a seguinte pergunta: qual a proteção constitucional da liberdade de expressão e sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito? O método de abordagem é o dedutivo, enquanto o método de procedimento é o histórico e a técnica de pesquisa utilizada é a documental indireta e bibliográfica. A conclusão aponta no sentido de que, inexistindo hierarquia ou prevalência “*prima facie*” entre as normas de direitos fundamentais, então somente diante do caso concreto é que será possível definir o direito que deverá prevalecer e, em razão disso, receber a proteção estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Expressão, Direitos Fundamentais, Dimensão Objetiva. Dever de Proteção Estatal.

**ABSTRACT:** The aim of this article, in addition to investigating, is to demonstrate the position occupied by freedom of expression in relation to other fundamental rights in the context of the constitutional legal system in Brazil, going through the analysis of the concept and (in)dependence of the ordinary legislator to give it concreteness, in pair with the supremacy and the centrality of the Constitution. The effectiveness and duty of state protection of fundamental rights will also be analyzed whether in the relations between the State and the individual, or in the relations between individuals, linking both the constituted powers, as the organs and institutions of the State in the perspective of the theory of the objective dimension of fundamental rights. This work also intends to answer the

following question: what is the constitutional protection of freedom of expression and its relevance in the context of the Democratic State of Law? The method of approach is deductive, while the method of procedure is the historical and the research technique used is the indirect documentary and bibliographic. The conclusion points to the fact that if there is no “*prima facie*” hierarchy or prevalence among the norms of fundamental rights, then only in concrete case will it be possible to define the right that should prevail and, as a result, receive state protection.

**KEYWORDS:** Freedom of Speech. Fundamental Rights. Objective Dimension. Duty of Protection.

## INTRODUÇÃO

A todo momento o tema liberdade de expressão tem ocupado os espaços públicos de debate, sendo inegável a sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, exigindo uma vigilância constante, a fim de que toda e qualquer tentativa de restrição indevida ou omissão estatal seja fiscalizada, sendo que o Poder Judiciário tem destacado papel na sua efetiva proteção.

Este artigo tem como propósito investigar e demonstrar a posição ocupada pela liberdade de expressão em relação aos demais direitos fundamentais no sistema constitucional pátrio. Será pesquisada, também, a sua eficácia e dever de proteção estatal nas relações entre Estado e indivíduo e nas relações entre particulares, conectando os Poderes constituídos, os órgãos e instituições do Estado, na perspectiva da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O método de abordagem será o dedutivo, enquanto o método de procedimento será o histórico e a técnica de pesquisa a documental indireta e bibliográfica. O trabalho contemplará quatro seções, objetivando-se, na primeira, compreender os direitos fundamentais a partir do conceito e teorias que procuram explicá-los, bem como o momento histórico em que passaram a merecer a atenção da sociedade e também a sua relevância no sistema democrático, na medida em que afetam a interpretação de toda e qualquer norma jurídica, além de vincular as relações no plano vertical e horizontal.

Na segunda seção, os direitos fundamentais serão abordados levando-se em consideração a teoria da dimensão objetiva, bem como os efeitos irradiantes dela resultantes, permeando tanto as relações entre o Estado e o indivíduo como as relações entre particulares, na perspectiva do modelo de Estado organizado por uma sociedade democrática que tem o dever de garantir a sua efetiva proteção.

Será tratado, na terceira seção, o lugar ocupado pela liberdade de expressão enquanto direito fundamental e a sua relação simbiótica com a noção de democracia, devendo o Estado preservar a qualidade e a integridade do debate público, ante a importância que o livre intercâmbio de ideias exerce na formação de uma sociedade política mais consciente e sobretudo livre, digna da efetiva proteção estatal, embora não se trate de um direito absoluto que não possa comportar restrição quando colidir com outros direitos de igual estatura constitucional.

Por fim, na quarta seção será apresentada resposta à seguinte pergunta: qual a proteção constitucional da liberdade de expressão e sua relevância no contexto do Estado Democrático de Direito?

## **1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO SISTEMA DE VALORES E LEGITIMAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Os direitos fundamentais, na definição de Marmelstein (2014), são normas jurídicas consagradas no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito associadas à noção de dignidade da pessoa humana, bem como de limitação do poder, de sorte que, pela sua importância axiológica, não apenas legitimam, como fundamentam todo ordenamento jurídico, implicando reconhecer que “esses direitos representam um ‘sistema de valores’ com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica.”

Ratifica Barroso (2020, p. 492) que eles funcionam como medida de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado, atestando que “são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico”, mas sem perder de vista que a assertiva precisa ser compatibilizada com a noção de proteção multinível de direitos, cabendo elucidar que não se trata de uma concepção reducionista acerca do papel e da relação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Muitas teorias surgiram sobre os direitos fundamentais, conforme Dimoulis e Martins (2020), especialmente a partir da década de 1960, objetivando, num primeiro momento, redefini-los e, num segundo, classificá-los, levando-se em conta os seus efeitos, as suas funções e dimensões, acrescentando que cada direito fundamental tem por objetivo “regulamentar uma situação ou relação real, isto é, um conjunto de fatos que acontecem por razões físicas ou sociais” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 169).

No particular, assevera Steinmetz (2001) que a “tipologia das teorias dos direitos fundamentais mais influente é a de Böckenförde”, o qual “identifica cinco teorias dos direitos fundamentais: a liberal, a institucional, a democrático-funcional, a do Estado social e a axiológica.” Para a primeira, “os direitos fundamentais são direitos subjetivos de liberdade frente ao

Estado”, na medida em que “a liberdade é pré-estatal”, ou seja, “não é constituída pelo Estado, porque o precede.” Por sua vez, para a segunda teoria, os “direitos fundamentais são institutos, princípios objetivos” e a liberdade “aparece como liberdade objetivada”; enquanto a teoria democrático-funcional “ênfatisa a função pública e política dos direitos fundamentais”, conferindo preferência à “liberdade de imprensa, de opinião, de reunião, de associação”; a teoria do Estado social se opõe à teoria liberal, compreendendo que “a liberdade jurídica liberal é mais formal do que real”, por essa razão “pretende superar a distância entre a liberdade jurídica e liberdade real”. Na teoria do Estado social, segundo o autor, os direitos fundamentais “não são apenas direitos de defesa, mas também fundamentam pretensões de prestações sociais frente ao Estado.” Por fim, a teoria axiológica tem como ponto de partida a “teoria da integração de Rudolf Smend”, para quem o “Estado é um permanente processo de integração em e de uma comunidade de valores” e, desta forma, os direitos fundamentais “antes de serem pretensões subjetivas, são normas objetivas”, como também “se apresentam como um sistema de valores fundamentais da comunidade” (STEINMETZ, 2001, p. 104).

Na percepção, ainda, de Dimoulis e Martins (2020, p. 63), quando abordam a relação entre direito constitucional e infraconstitucional, os direitos fundamentais, com frequência, não podem ser concretizados sem a intervenção do legislador ordinário<sup>3</sup>, e esta mediação pode servir também para solucionar colisões entre eles, citando como exemplo a limitação da liberdade de expressão em face do direito fundamental à privacidade, ambos enunciados no artigo 5º, incisos IV e V, da Constituição Federal, e vice-versa, embora reconheçam que normas infraconstitucionais “estão sempre submetidas ao controle de constitucionalidade”.

É certo, no entanto, que tais autores (2020) se referem ao dever de proteção do Estado em relação aos particulares, adotando uma posição mais alinhada com a teoria da eficácia indireta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que se dá com primazia por meio do legislador, mas este é exatamente um dos aspectos particulares dos princípios, que, tendo em vista o seu caráter aberto, não conseguem prever e regular todas as situações fáticas de sua incidência.

De outro lado, para Leal e Maas (2020), no modelo do Estado Constitucional de Direito, quanto à temática dos direitos fundamentais, vigora a centralidade e supremacia da Constituição, dotada que é de força própria, passando a valer como norma jurídica fundamental, e, nessa perspectiva, conforme a situação fática que se apresente, não há dependência da mediação do legislador, sem

<sup>3</sup> “O dever de ação do Estado cumpre-se primordialmente pelo Legislativo, que deve cuidar da tutela do direito fundamental em face dos particulares” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 155).



perder de vista que a Lei Fundamental orienta sempre a interpretação final, vinculando todas as demais normas do sistema jurídico pátrio.

Nessa lógica de raciocínio, sustentam Leal e Maas (2020) que a teoria da proteção dos direitos fundamentais, desenvolvida que foi na Alemanha pela doutrina e jurisprudência daquele país, a partir da 2ª Guerra Mundial, aponta tanto a eficácia vertical, quanto a eficácia horizontal destes direitos, vinculando as relações entre indivíduo e Estado, como também aquelas verificadas entre os particulares, porquanto ao lado de uma dimensão subjetiva, tais direitos contemplam também uma dimensão objetiva, impondo ao Estado o dever de proteção.

Por sua vez, os direitos fundamentais foram imaginados e servem como instrumentos para proteger os indivíduos contra a opressão estatal (direitos de defesa), na medida em que, ainda segundo Leal e Maas (2020), sua proteção não é uma faculdade conferida aos agentes estatais, que na sua atuação devem se valer do princípio da proporcionalidade, atentando para que a atividade protetiva não seja insuficiente e tampouco excessiva.

Os direitos fundamentais surgiram com promessa de garantir as liberdades civis ou individuais da pessoa humana, a reclamar uma prestação negativa do Estado, atrelada à dimensão subjetiva, ao lado da qual também há uma dimensão objetiva, de modo que, na ótica de Steinmetz (2001, p. 31):

A vinculação aos direitos fundamentais tem dupla dimensão: primeiramente, é uma vinculação negativa, porque o legislador não poderá intervir nos direitos fundamentais, restringindo-os, ou autorizar que um outro poder público intervenha (Executivo e Judiciário), sem fundamento constitucional; e depois, é uma vinculação positiva, porque cabe ao legislador criar as estruturas normativas configuradoras, reguladoras, procedimentais, organizatórias para a plena eficácia dos direitos fundamentais. A vinculação negativa fundamenta-se na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, enquanto uma esfera individual livre de ingerência estatal, exceto em hipótese justificada constitucionalmente. A vinculação positiva funda-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obrigando o legislador a tomar providências que garantam a vigência e a eficácia desses direitos.

Observam, a propósito, Dimoulis e Martins (2020) que a Constituição garante os direitos fundamentais em muitas das suas disposições, todavia o faz com uma certa reserva legal, permitindo que o legislador ordinário insira limitações e, com isso, restrinja a sua área de proteção, embora igualmente consagre outros tantos sem a previsão expressa ou possibilidade de limitação por lei infraconstitucional.

Com efeito, defende Figueiredo (2006, p. 87) que:

a estrutura da sociedade, os direitos civis e políticos e os direitos sociais seriam dispostos no mesmo patamar, garantindo que um arcabouço jurídico perfeito só se forma através de instituições garantes do conjunto dessas prerrogativas aos cidadãos.

Outro ponto a considerar acerca da perspectiva jurídico-objetiva quanto ao valor dos direitos fundamentais diz respeito à eficácia dirigente que estes direitos irrompem sobre os órgãos governamentais, porquanto podem ser recebidos ou vistos como ordens dirigidas ao Estado, objetivando dar concretude aos comandos contidos nas normas (SARLET, 2015).

O desafio, entretanto, na visão de Leal e Maas (2020, p. 89), “tanto em face dos direitos fundamentais individuais quanto dos sociais, reside em como efetivar essa proteção, como ultrapassar o aspecto formal, teórico, para o aspecto material, da execução de proteção na prática”. Nessa perspectiva, as autoras (2020), reportando-se a Christian Calliess, vaticinam que é imperioso dar força aos direitos fundamentais para viabilizar sua concretude, na medida em que, quanto maior for o controle e a sua proteção, mitigada é a chance de ocorrerem falhas.

Nesse contexto, parece adequado afirmar que a principal promessa dos direitos fundamentais é assegurar as liberdades civis da pessoa humana, sem desconsiderar os direitos sociais, tendo em mira a sua conexão com a teoria da dimensão objetiva, a qual vincula não apenas as relações entre o Estado e indivíduo, como as relações regidas pelo direito privado, temática que será visitada no próximo tópico.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERFACE COM A TEORIA DA DIMENSÃO OBJETIVA: EFEITOS IRRADIATIVOS E REPERCUSSÃO NAS RELAÇÕES DO ESTADO COM O INDIVÍDUO E NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS**

A noção do dever de proteção que resulta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se resume às relações entre o cidadão e o Estado, mas também abrange as relações típicas de direito privado, isto é, entre particulares, de sorte que a proteção estatal de tais direitos ocorre sob dupla dimensão, objetiva e subjetiva: a primeira de caráter prestacional, em face dos direitos positivos, que não se deve confundir com a dimensão objetiva dos direitos positivos ou prestacionais, considerando que, mesmo os direitos negativos ou de defesa, possuem uma dimensão objetiva; já a

segunda se caracteriza pelos direitos negativos associados ao Estado Liberal<sup>4</sup> e, de igual modo, os direitos positivos e prestacionais também são dotados de uma dimensão subjetiva. Aliás, como asseveram Leal e Kohls (2018), ao “mesmo tempo em que os direitos fundamentais são direitos do cidadão, também representam um dever para o Estado. Isso porque o Estado precisa proteger e adotar ações para viabilizar a realização desses direitos”, pautando sua atuação com base neles.

Nos dias correntes, verifica-se que cada vez mais a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aceita, sendo também reconhecidos os valores consagrados nesses direitos, projetando-se, de igual modo, nas relações entre particulares, na medida em que os agentes privados, notadamente os detentores do poder social e econômico, são potencialmente capazes de ofender e produzir danos aos princípios constitucionais, oprimindo tanto e até mais do que o próprio Estado<sup>5</sup> (MARMELESTEIN, 2014).

Na compreensão de Leal (2007, p. 1):

A partir da noção valorativa e destacada atribuída aos direitos fundamentais neste contexto, contudo, traduzida e refletida, por seu turno, numa compreensão material, aberta e comunitária acerca da Constituição, desenvolve-se a idéia de que estes direitos, incorporados ao ordenamento com um caráter marcadamente principiológico e material, configuram e conformam, segundo expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional alemão, uma “ordem objetiva de valores” que possui uma dimensão objetiva e, por conseguinte, um caráter vinculante com relação a todos os poderes e âmbitos do Estado, sendo a sua realização impositiva em todas as esferas e em todas as instâncias.

A propósito da dupla dimensão dos direitos fundamentais em relação ao Estado, é certo que deste podem ser exigidas ações ou omissões conforme a sua conjuntura de concreção, admitindo-se, por sua vez, o efeito irradiador dessa concepção, obrigando também os particulares a participarem de sua efetivação (ALEXY, 1993).

4 Na compreensão de Leal e Maas (2020, p. 49): “[...] juntamente a uma concepção subjetiva, há uma objetiva dos direitos fundamentais, o que faz com que devam ser observados não só quando da relação do indivíduo com o Estado, mas também nas relações entre particulares, ou seja, na compreensão de uma eficácia contra terceiros (Drittwirkung), de uma vinculação não somente vertical (Estado e indivíduo), mas igualmente horizontal (Horizon-talwirkung), indivíduo-indivíduo, dos direitos fundamentais”. Completam Dimoulis e Martins (2020, p. 151), reportando-se ao cariz filosófico-teórico da dimensão subjetiva, no sentido de que esta dimensão está associada à teoria liberal dos direitos fundamentais, “a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos [...] o Estado tem a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervir na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto

5 Conforme Marmelstein (2014, p. 337), “[...] com cada vez mais frequência, as normas constitucionais estão sendo utilizadas para auxiliar na solução de conflitos entre particulares, através da ideia de ‘eficácia horizontal’ dos direitos fundamentais [...] Como se sabe, os direitos fundamentais foram concebidos, originalmente, como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. É o que se pode chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo.”

Segundo Dimoulis e Martins (2020, p. 151), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>6</sup> é reconhecida e “já tem uma longa história doutrinária”, estando a caminho de ser considerada clássica, e é definida como “dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares”, isto é, “dos sujeitos de direito”, que oferece “critérios de controle da ação estatal” independente de “possíveis intervenções e violações” a direitos de alguém ou da “reclamação do seu titular”.

A teoria da dimensão objetiva se origina da doutrina e da construção do Tribunal Constitucional da Alemanha a partir do caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958, um leading case segundo o qual todos os ramos do direito, no caso, o Direito Civil, deveriam se orientar pelas normas de direitos fundamentais consagradas na Lei Fundamental, estabelecendo uma ordem de valores objetiva<sup>7</sup>; entretanto, o embrião da teoria é conferido ao magistério doutrinário de Günter Dürig e Heinrich Lehmann no ano de 1956 (LEAL; MAAS, 2020).

Nesse sentido, recordam Leal e Maas (2020, p. 50) que:

[...] frente ao que foi decidido pelo referido Tribunal, embora a elaboração embrionária dessa teoria já pudesse ser encontrada, por exemplo, em autores como Günter Dürig (*Festschrift für Nawiasky*, 1956) e Heinrich Lehmann (*Laufke in der Festschrift*, 1956), que já haviam trabalhado com essa noção antes mesmo do caso Lüth, sendo, inclusive, citados na decisão.

O caso Lüth acabou conferindo um papel de destaque ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), isto porque, diante da condenação de Erich Lüth pela Justiça de primeiro grau de Hamburgo por liderar um movimento de boicote ao filme “Amante Imortal”, de Veit Harlan, pela ligação deste no passado com o regime nazista, sua conduta foi considerada contrária à moral e aos costumes previstos no Código Civil Alemão, em prejuízo dos produtores do filme. Não se conformando com a decisão, Lüth recorreu ao *Bundesverfassungsgericht*, onde teve êxito e a decisão foi reformada sob o argumento da prevalência do direito fundamental à liberdade de expressão (LEAL, 2007).

6 Para Dimoulis e Martins (2020, p. 152), “Relevante é o conceito objetivo (ou dimensão objetiva) dos direitos fundamentais para o controle abstrato de constitucionalidade de normas”, na medida em que o exercício desse controle é um dever do Estado, “podendo (e devendo) uma série de autoridades estatais provocar seu exercício.”

7 Sustentam Leal e Maas (2020, p. 50) que: “Uma das mais importantes decorrências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste no dever de proteção estatal (Schutzpflicht), não apenas nas relações dos cidadãos com os órgãos públicos, mas nas próprias relações entre particulares, vindo, assim, a incidir no direito privado, como, por exemplo, em relações contratuais, direitos de herança, etc. [...] A compreensão se amplia à ideia de que ao lado de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, caracterizada pelos direitos negativos, típica do Estado Liberal, encontra-se uma dimensão objetiva, na face de direitos positivos, prestacionais. Deve-se ter o cuidado de não se atrelar a dimensão objetiva apenas aos direitos positivos, visto que tanto direitos negativos como positivos podem possuir uma dimensão objetiva”.

Sobre as consequências dessa decisão, Alexy (2019, p. 116) atesta que o juiz deverá, em toda decisão, observar os direitos fundamentais, os quais, enquanto valores ou “decisões objetivas de valores”, devem irradiar sobre todo o direito, fazendo-se sentir sua força não só na relação entre o indivíduo e o Estado, como também “no direito civil, que trata da relação entre os cidadãos”. Daí porque, segundo Steinmetz (2001, p. 110), a decisão do caso L<sup>ü</sup>th foi inspirada na teoria axiológica, na medida em que assentou, de maneira explícita, a tese dos direitos fundamentais não apenas como uma ordem objetiva de valores, mas também como um sistema de valores, incorporando o Tribunal Constitucional Federal, na sua jurisprudência, o modelo valorativo-objetivo, quando brandiu:

es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices y impulso.

Nesse cenário, é oportuno o registro coligido por Dimoulis e Martins (2020) de que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) conquistou reconhecimento da comunidade jurídica exatamente em função das extensas fundamentações dogmáticas que permeiam as suas decisões.

É de ressaltar que a dimensão objetiva não apenas projeta como também incide nos direitos fundamentais, seja na relação entre Estado-indivíduo, seja nas relações interprivadas, devendo refletir, de igual modo, em todos os poderes do Estado, como o Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que tanto a dimensão objetiva como o princípio da proporcionalidade, tornaram-se nas construções dogmáticas mais importantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra (LEAL; MAAS, 2020).

Nessa vereda, na abordagem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2020) reforçam a imperativa obrigação de o Estado protegê-los ativa e preventivamente contra ameaças ou agressões provocadas por particulares, considerada a hipótese de que estes, ao exercitarem seu direito fundamental, possam lesar outros direitos fundamentais, e, como mostra a dogmática do dever estatal de tutela (DIMOULS; MARTINS, 2020), constitui-se imperativo cogente a proteção estatal de tais direitos

e com mais vigor na perspectiva da eventual assimetria de forças entre os agentes particulares em conflitos<sup>8</sup>.

Tal imperativo de proteger um cidadão do outro, para Leal e Maas (2020), é missão estatal, dado que, na hipótese de o Estado deixar ou tolerar que um cidadão se comporte de forma contrária ou lesiva a direito fundamental de outro indivíduo, haverá, potencialmente, uma omissão no seu dever protetivo.

Não constitui tarefa fácil, por outro lado, estabelecer uma vinculação com a noção de “ordem de valores”, ante a controvérsia verificada na doutrina, que tem sido alvo de críticas em torno da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como advertem Leal e Maas (2020, p. 63), mercê da própria terminologia pautada na diversidade das suas denominações, como: a) - ordem objetiva de valores; b) - sistema de valor; c) - decisão constitucional fundamental; d) - direitos fundamentais como normas objetivas; e) - princípio estruturante; f) - norma-guia; g) - princípios fundamentais.

No contexto da dimensão objetiva (LEAL; MAAS, 2020), podem ser observados, por sua vez, os seguintes aspectos: a) - irradiação dos efeitos nas relações de direito privadas, na medida em que retiram sua força dos direitos fundamentais com a hipótese da interpretação conforme as normas infraconstitucionais, ou seja, estas não podem deixar de dialogar com aqueles e a decisão do caso *Lüth-Urteil* é um bom exemplo disso; b) - garantias dos processos de decisão que podem causar prejuízos aos direitos fundamentais; assim, o Poder Legislativo, encarregado de produzir leis, deverá levar em conta os direitos fundamentais; c) - princípios de organização (órgãos administrativos ou judiciais) e procedimentos seguros nos âmbitos das instituições públicas e privadas aptos a efetivarem os direitos fundamentais; d) - dever de proteção das liberdades (acesso à justiça, liberdade de associação, garantia da ampla defesa e contraditório).

Segundo Sarlet (2004, p. 110):

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal de todos os indivíduos, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência [...]

8 “[...] necessidade de intervenção direta do Estado nos conflitos entre particulares. Tal dever se configura quando o conflito privado se dá entre partes que são tão desiguais a ponto de impedir na prática o exercício do direito da parte mais fraca (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 157).”

O próprio Sarlet, logo após sintetizar os principais debates sobre a dimensão objetiva, que prefere definir como perspectiva objetiva, à guisa de explicação, deixa assentada “a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e a constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento”, sabendo-se que a eficácia de tais direitos resulta da sua dimensão objetiva, na medida em que é a partir dessa teoria que se poderá alicerçar a noção de uma eficácia irradiante (SARLET, 2015, p. 156).

Nesse âmbito, quando o Tribunal Constitucional Alemão reconhece a proteção à liberdade de expressão no caso Lüth, estava a resguardar um direito fundamental consagrado na Constituição, acomodando uma ordem objetiva de valores orientadora de todos os ramos do direito; daí porque não é por acaso que, nessa perspectiva, no caso brasileiro, simbolicamente, o catálogo de direitos fundamentais passou a ser inserido no início da Constituição, servindo de baliza às demais normas constitucionais e ordinárias, inspirada que foi pela teoria desenvolvida na Alemanha (LEAL; MAAS, 2020).

Importante não perder de vista, tendo como horizonte a compreensão de Böckenförde, que a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi construída não a partir do texto da Lei Fundamental, considerando que nesta não havia norma específica sobre a temática<sup>9</sup>, mas foi influenciada pelo texto constitucional ou, para utilizar palavras diferentes, pelos preceitos do texto constitucional, preservando-se, com isso, os valores supremos nele contidos, sendo a dupla dimensão (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais fruto da combinação entre a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (LEAL; MAAS, 2020).

Quando se fala em dimensão objetiva dos direitos fundamentais, remete-se ao corolário de que estão a operar como “critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”, sendo que daqui emana a ideia do “efeito de irradiação dos direitos fundamentais”, de forma que as autoridades do Estado, quando se depararem com o desafio tanto de interpretar quanto de aplicar as normas infraconstitucionais, deverão se orientar pelos direitos fundamentais. Em outras palavras, diante da variedade de interpretações possíveis, dever-se-á optar pela que “melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 152).

Uma vez agregada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais a acepção da mais-valia, permite-se que eles, além de incorporar, expressem alguns valores objetivos fundamentais à comunidade, de modo que a interface entre cidadão-Estado evolua para o sentido de cidadão-Estado-comunidade, restando superada a matriz individual/liberal que, por sua vez, se converte na

9 Para Alexy (2019, p. 117), “O que os direitos fundamentais são hoje não se deixa extrair do texto seco da Lei Fundamental, mas somente dos cerca de 94 volumes da jurisdição do Tribunal Constitucional Federal, que assumiu sua abençoada função em 1951. Os direitos fundamentais são aquilo que são sobretudo através da interpretação.”

noção de comunidade, a qual, nas suas relações, deverá também salvaguardar os direitos fundamentais<sup>10</sup> (LEAL; MAAS, 2020).

Nessa senda, não há como discordar de LEAL (2007, p. 68) quando aponta os três aspectos que, em sua opinião, se destacam no caso *Lüth-Urteil*, a saber: a)- a compreensão do catálogo de direitos como uma ordem objetiva de valores; b)- em decorrência disso, a vinculação dos três Poderes a essa ordem; c)- a possibilidade de colisão de valores, advertindo que a noção de ordem valorativa não reflete, *prima facie*, qualquer direito suprapositivo, porquanto não procura no direito natural a sua base, ao reverso busca se instrumentalizar dentro do próprio sistema positivo.

Por sua vez, sob a perspectiva da dimensão objetiva, defendem Leal e Maas (2020, p. 50) que o dever estatal de proteção “não pode se dar de forma indiscriminada, carecendo ser ponderado, a fim de que não seja nem insuficiente e nem excessivo.” Reforçam as autoras (2020) que o dever de proteção estatal se apresenta como a principal decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo considerada como a ideia central dessa teoria. Desse modo, o Estado não se apresenta como mero agente violador ou destinatário das proibições ditadas pelos direitos fundamentais, convertendo-se no responsável não apenas por protegê-los, como também por assegurar as condições indispensáveis à sua concretização.

Em que pese a noção de dever de proteção resultar da dimensão objetiva, esta premissa somente pôde ser notada, com maior destaque, numa decisão envolvendo o aborto tomada em maio de 1993, quando a Corte Constitucional da Alemanha incorporou, na teoria dos direitos fundamentais, a ideia de “proibição de proteção insuficiente”. Nesse diapasão, está o Estado vinculado ante a proibição de proteção insuficiente, o que faz pressupor que as medidas impostas pelo legislador devem ser o bastante para sustentar um parâmetro mínimo e eficiente de proteção do direito fundamental exigido pela Constituição (LEAL; MAAS, 2020, p. 77).

Não se deve perder de vista que Leal e Maas (2020, p. 81), mencionando Calliess, se concentram na concepção do “duplo dever estatal”, objetivando delinear a tarefa do Estado quanto ao dever de proteção, na medida em que ele, o Estado, não deve, por um lado, interferir na liberdade do cidadão, tendo a obrigação, por outro, de proteger esse cidadão, assegurando os seus direitos.

Nesse contexto, segundo as autoras (2020), inspiradas por Dietlein, residiria nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a forçosa missão de efetivar o dever de proteção, sem descuidar que a tarefa do Poder Legislativo não se limita a positivar deveres estatais quando ocorrem violações aos

<sup>10</sup> Para Leal e Maas (2020, p. 53): “O pilar dessa teoria deriva do fato de que é concebido que o Estado de Direito, em um aspecto meramente formal, não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais – o que foi comprovado pela ditadura nazista. Nesse olhar, os direitos fundamentais passam a ser inseridos no início da Constituição (na Constituição Brasileira do artigo 5º ao 17), para justamente serem nortes às demais normas constitucionais e ordinárias, pressupondo uma vinculação também material das leis, com forte vinculação com o conteúdo dos direitos fundamentais”.



direitos fundamentais, mas deve também atuar de forma preventiva e eficaz no amparo desses direitos.

Acrescenta-se que o Estado está obrigado, por meio da mediação do legislador ordinário, e, no caso de omissão deste, o Poder Judiciário poderá ser acionado, além da própria Administração Pública, devendo adotar as medidas cabíveis a fim de garantir os bens e as atividades protegidas pelo catálogo dos direitos fundamentais em toda e qualquer relação estatal e não estatal (LEAL; MAAS, 2020).

Daí porque, entendem Leal e Maas (2020, p. 91) que pela “decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção gera um dever do Estado de criar as condições necessárias ao exercício e à fruição dos direitos fundamentais” e a Constituição impõe que estes “possuam um mínimo de garantias, na correlação de que ao dever de proteção tem-se a ‘proibição de insuficiência’ e aos direitos de defesa uma proibição de excesso.”

Desse modo, atestam Dimoulis e Martins (2020, p. 173) que os direitos fundamentais consagram limites, com a possibilidade de “cerceamento de condutas e situações que fazem parte da área de proteção do direito fundamental<sup>11</sup>”, a depender da interpretação conferida, além da gramatical, também ao método sistemático; por exemplo, a locução contida no art. 5º, XII, apenas introduz uma reserva legal qualificada, não devendo ser entendida como a exclusão de uma situação da área de proteção. Por sua vez, no tocante à sua titularidade, “o constituinte pode retirar do recorte fenomenológico da realidade social no qual incide a norma constitucional as categorias de pessoas que, por seu soberano critério, não gozam da garantia constitucional do direito fundamental”.

Importante não perder de vista, entretanto, que a chamada eficácia de irradiação decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não pretende anular os direitos infraconstitucionais (civil, penal, administrativo), pois eles remanescem como ramos autônomos, mas influenciados pela Constituição, derivando desta perspectiva a eficácia vertical dos direitos fundamentais e a eficácia contra terceiros, incluídas as relações entre particulares no plano horizontal, irradiando a força da Constituição para todos os demais ramos, poderes e funções do Estado (LEAL; MAAS, 2020), a alcançar, por essa lógica, as atividades do Ministério Público, dado que o constituinte não se contentou em afirmar que se trata de instituição permanente, assentando também seu indispensável papel à função jurisdicional.

Com olhos no amplo catálogo dos direitos fundamentais, a partir da Constituição de 1988, a liberdade de expressão, nas palavras de Cambi e Porto

11 Lembram os autores (2020, p. 172) que a “Constituição Federal decide proteger somente determinadas reuniões, quais sejam, aquelas cujos participantes não portem armas e que possam ser caracterizadas como pacíficas [...] o constituinte recorta de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental somente aqueles que pretende proteger”.

(2020), tornou-se não apenas um dos princípios norteadores da Constituição Cidadã, como também um valioso direito fundamental, aspecto este que será escrutinado no tópico que segue.

### **3. A POSIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

No contexto dos direitos fundamentais, interessa para o presente estudo a liberdade de expressão, sinônimo de manifestação do pensamento e de opinião, que ocupa posição de destaque no sistema jurídico brasileiro, considerando-se sua íntima relação com a noção de democracia, daí porque defende Farah (2021) que o Estado deve agir como um parceiro no sentido de preservar a qualidade e a integridade do debate público, não se portando como um inimigo da liberdade de se expressar.

Por sua vez, a Constituição brasileira, logo no seu artigo 5º, estabelece as liberdades de manifestação do pensamento, de consciência, de crença, expressão da atividade intelectual, artística e científica, o acesso à informação e o direito de resposta, deixando assentado, ainda, em seu artigo 220, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, Constituição 1988).

Não é por acaso que o tratamento privilegiado conferido à “liberdade de expressão no sistema jurídico brasileiro tem raízes no esforço de redemocratização conduzido pela Constituição de 1988, que assegurou o fim da censura política e artística praticada pelo regime militar então vigente”, sem dizer que o Brasil, pelo fato de ser signatário de diversos tratados internacionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americanas sobre Direitos Humanos), está comprometido com a proteção do direito não apenas da livre manifestação do pensamento, como da difusão das ideias, opiniões e sentimentos (ARAÚJO; PORFIRO, 2020, p. 45).

Na verdade, “os ares da redemocratização sopraram e a partir da década de 1980, o Brasil passou a se afinar com um sentimento democrático avesso ao autoritarismo” (FARAH, 2021, p. 8).

Para se compreender a extensão do conceito, é preciso dizer que se trata de um direito fundamental que assegura a livre manifestação do próprio pensamento, ideias e opiniões por meio da palavra, de escritos, imagens ou de quaisquer outros meios de difusão, além da comunicação e recebimento de informação sem impedimentos, restrições ou discriminações (SOARES; MANSUR, 2020).

Segundo Macedo Júnior (2020, p. 128), a controvérsia envolvendo a liberdade de expressão no Brasil tem ocupado cada vez mais os espaços públicos de debate e o autor se perturba com a opinião pública brasileira por identificar nela uma certa tendência de simpatizar-se “com regras mais restritivas que constituem uma ameaça à liberdade de expressão”.

Na percepção do autor (2020, p. 128), “a teoria e a prática americanas nos podem ser úteis”, citando exemplos do que considera como tendência de restrições e ameaças à liberdade de expressão e a forma como tem sido interpretado o tema da liberdade de expressão no Brasil, reportando-se à proibição do livro *Mein Kampf*<sup>12</sup> (*Minha Luta*), de Adolf Hitler, à proibição de outdoors com citações bíblicas durante a parada gay<sup>13</sup>, à marcha da maconha<sup>14</sup>, ao caso Levy Fidelix<sup>15</sup> e ao caso Ellwanger<sup>16</sup> (MACEDO JÚNIOR, 2020).

No entanto, aproveita-se a carona de Araújo e Porfiro (2020, p. 47) para dizer que todas as pessoas, indistintamente, são titulares do referido direito fundamental, de sorte que se mostra inviável a possibilidade jurídica de se “extinguir as liberdades comunicativas, em virtude do exercício de determinada profissão ou de uma qualidade pessoal”, na medida em que o livre intercâmbio de opiniões se afigura indispensável “para a formação de uma sociedade política livre e garantidora de direitos fundamentais”, daí porque “a liberdade de expressão ostenta nas democracias contemporâneas,

12 Por meio de ação cautelar nº 0030603-92.2016.8.19.0001, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Juízo de Direito da 33ª Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro decretou, em sede liminar, a proibição da venda e distribuição do livro de Adolf Hitler, com o título de *Mein Kampf* (*Minha Luta*), com fundamento no art. 20, da Lei nº 7.716/89 (Lei de Crime Racial), que tem a seguinte redação: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Na decisão o Juiz, como precedente, referiu-se ao HC 82424/RS (Caso Ellwanger) (RIO DE JANEIRO, TJRJ, 2016).

13 Em agosto de 2011, antes da realização da 7ª Parada Gay de Ribeirão Preto, um outdoor postado por uma igreja evangélica despertou atenção por mencionar frases bíblicas, com destaque para uma do livro Levítico: “Assim diz Deus: ‘Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável...’”. Um Juiz local proibiu a igreja de publicar outdoors com tais conteúdos, por entender que seriam manifestações de natureza homofóbicas e o Tribunal paulista manteve a proibição (SÃO PAULO, TJSP, 2011).

14 Na ADPF 187/DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF “julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’” (BRASIL, STF, 2011).

15 Candidato do PRTB à presidência da República, em 2014, que participou de debates com outros candidatos na TV e acabou sendo condenado, na primeira instância, ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 a título de indenização, por conta de discurso considerado homofóbico. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença (SÃO PAULO, TJSP, 2017).

16 O STF, no julgamento do HC 82424/RS, conhecido como “Caso Siegfried Ellwanger”, que teve o Ministro Moreira Alves como relator, denegou a ordem, a saber: “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA”. Sobre essa decisão do STF, Bentivegna (2020, p. 216) tece o seguinte comentário: “O Paciente, na qualidade de escritor e também de editor, teria editado textos próprios e de terceiros, de caráter revisionista e todos tendentes à negação ou diminuição da importância do holocausto judeu da 2ª guerra mundial. Defendiam tais textos, de certa forma, os nazistas e um deles chegava a taxar (sic) os judeus, numa certa passagem, de ‘os agentes inimigos da humanidade’. Ellwanger foi denunciado e condenado pelo crime previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, que prevê: ‘Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos’” (BRASIL, STF, 2003).

uma posição preferencial”, como se extrai da Rcl. 38.782<sup>17</sup> (rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-11-2020, 2ª T, DJE de 24-2-2021) e ADI 4451/DF (rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, Tribunal Pleno, DJE de 6-3-2019)<sup>18</sup>.

Contudo, embora possa induzir uma hierarquia axiológica<sup>19</sup>, quando comparada com os demais direitos fundamentais, segundo os autores citados, não significa “que seja um direito absoluto e incompatível com eventual restrição” (ARAÚJO; PORFIRO, 2020), na mesma linha de Alexy (2019, p. 118), para quem se afigura correta a fórmula desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal no sentido de que até os direitos fundamentais garantidos sem reserva podem sofrer restrição “a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional.”

Nesse contexto, cabe o alerta de Silva (2010, p. 100) no sentido de que, quando estiver em jogo a “regulação do exercício da liberdade de expressão”, essa medida não poderá restringir “excessivamente o fluxo de informações e idéias”, de modo que tal concepção se coaduna e nada mais faz do que reproduzir a noção de “proibição de excesso”, como visto no tópico anterior.

Sem embargo, pondera Pizarro (1991, p. 31) que:

La libertad de expresión y, en particular, la de prensa no constituyen um altar en el que pueda inmolarse indebidamente la dignidad de las personas. El tantas veces denominado “cuarto poder” debe, al igual que los tres que reconoce formalmente la Constitución Nacional, someterse a um orden jurisdiccional, cuya observancia resulta imprescindible para una comunidad organizada.

17 Na Rcl 38.782, o Ministro Gilmar Mendes destacou que: “É notória a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático. Trata-se de direito fundamental previsto pela Constituição 1988 ao qual se relacionam a livre manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre expressão de consciência, a liberdade de comunicação e outras manifestações similares. Para assegurar esse amplo leque de liberdades, a liberdade de expressão tem como âmbito de proteção “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não esteja em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido” (BRASIL, STF, 2020).

18 Nesta ADI 4451/DF, o Ministro Alexandre de Moraes deixou assentado que: “A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional” (BRASIL, STF, 2018).

19 No entanto, defende Steinmetz (2001, p. 109) que “não há uma hierarquia entre as normas constitucionais e, em hipótese de conflito entre duas ou mais normas de direitos constitucionais de direitos fundamentais, a solução deverá preservar a unidade da Constituição [...] a decisão que der preferência a uma das normas terá de ser justificada, permitindo um controle racional intersubjetivo.”

Quando se reporta à liberdade de expressão, o modelo norte-americano dificilmente não será lembrado, por um lado, enquanto a tradição constitucional de matriz germânica também merece atenção especial, por outro, em razão, sobretudo, do caso *Lüth*. Destaca Sarmiento (2006) que a garantia da livre manifestação do pensamento está prevista na Constituição americana desde 1791, reflexo da sua Primeira Emenda. A propósito disso, narra Robert A. Sedler (2016) que era o princípio da neutralidade de conteúdo, que serviu de fundamento para a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de leis estaduais e federais, que proibia a queima da bandeira americana, por exemplo.

O exercício do direito à liberdade de expressão, na visão de Sarmiento (2006, p. 57), passou a ser efetivamente protegido no contexto do sistema de justiça norte-americano somente após a 1ª Guerra Mundial e, na atualidade, se tornou o direito fundamental mais valorizado pela jurisprudência constitucional daquele país, até mesmo “ao custo de enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos, como a privacidade, honra e também igualdade”, noticiando o autor (2006, p. 60) o caso de “uma passeata organizada pelo Partido-Nacional Socialista da América, de pessoas envergando uniforme militares nazistas e portando bandeiras com suásticas, no município de Skokie [...] com 70.000 habitantes, dos quais 40.000 eram judeus e 5.000 sobreviventes do Holocausto.”

As tentativas do município de Skokie para impedir a manifestação, segundo Sarmiento (2006), restaram frustradas e inclusive as normas editadas para obstar o evento foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte de Illinois, mediante o fundamento de violar a liberdade de expressão.

Reconhece Sedler (2016, p. 97) que a liberdade de expressão nos Estados Unidos recebe um elevado grau de proteção constitucional, a ponto de considerar que a “proteção conferida é talvez mais forte do que a conferida a qualquer outro direito individual sob a Constituição americana” de sorte que “o valor da liberdade de expressão, em geral, prevalece sobre outros valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, privacidade”.

Menciona, ainda, o autor (2016, p. 97) que é “parte da nossa cultura que as pessoas sejam, ‘livres para falar o que pensam’”, de sorte que para “melhor ou pior, este é o modo americano” ou, como descreve Schauer (2016, p. 102), “a abordagem americana é mais naturalmente aplicada a partir de escolhas mais profundas da cultura constitucional do país.”

Explana Farah (2021, p. 13), socorrendo-se de Stuart Mill, acerca da natureza quase absoluta<sup>20</sup> conferida à “liberdade de expressão e de completa proteção do discurso político”, sob a compreensão de que “silenciar a

20 Sobre a ideia de liberdade, na doutrina de Stuart Mill, explica o autor (2021, p. 14), “era de tamanha relevância que, através da construção do princípio do dano, não seria legítima a interferência sobre o indivíduo ou a comunidade, sem a sua vontade a não ser que fosse para prevenir danos aos outros [...] a liberdade abrangeria o domínio interior da consciência, com a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de sentimento, e uma absoluta liberdade de opinião, em qualquer tipo de assunto”.

expressão é roubar a raça humana, a posterioridade e a geração existente”. Ademais, se “a opinião está errada, perde-se a oportunidade de trocar o erro pela verdade. Se está certa, perde-se a possibilidade de percepção e impressão da verdade, quando do choque com a opinião errada”.

No sistema constitucional alemão, a liberdade de expressão é considerada pela Lei Fundamental de Bonn (art. 5.1) como um dos mais importantes direitos fundamentais, segundo expõe Sarmento (2006), mas, ao contrário do modelo norte-americano, não se sobrepõe aos demais direitos, sendo a livre manifestação do pensamento objeto de ponderação em relação a outros bens jurídicos protegidos, como ocorre quando colidir, por exemplo, com os direitos da personalidade (art. 5.2 e art. 5.3). Evidencia o autor (2006) que, no Direito alemão, não é a liberdade de expressão o valor máximo da ordem jurídica, mas a dignidade da pessoa humana.

Esse argumento é reforçado por Schauer (2016, p. 105) ao asseverar que a Lei Fundamental germânica “permite explicitamente restrições de direitos fundamentais, desde que estabelecidas de forma explícita por uma lei de aplicação geral e que preserve a ‘essência’ do direito afetado”. Entretanto, é coerente aderir à posição de Farah (2021, p. 40), inspirado em Winfried Brugger, que admite e reconhece que a liberdade de expressão, de regra, não se trata de um direito prevalente no direito alemão, sendo, contudo, inegável que “ela possui o status de direito de especial importância devido às funções a que serve”.

Outro ponto importante do modelo alemão reside na possibilidade de o seu Tribunal Federal, com base no art. 9º da Lei Fundamental, decretar a “privação dos direitos fundamentais” para todo aquele que “abusar das liberdades constitucionais” (SARMENTO, 2006, p. 72).

Com efeito, o arquétipo jurídico brasileiro sobre a liberdade de expressão parece se identificar mais com o modelo alemão, bastando conferir a posição que vem sendo adotada pelo STF, não consagrando, “*prima facie*”, a primazia do direito à livre manifestação face aos demais direitos fundamentais, embora, ao longo do histórico de julgamentos, se possa perceber uma tendência de reconhecimento amplo dessa liberdade, de maneira que, na hipótese de colidência entre aquele e estes, a solução do caso concreto passará pela técnica do sopesamento (ALEXY, 2015).

Na percepção de Sarmento (2006, p. 105), o Brasil preferiu adotar o caminho:

que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais

modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção.

Como premissa essencial, reforça Barroso (2020, p. 318) que os direitos fundamentais, nestes incluída a liberdade de expressão, não são absolutos, de sorte que o “seu exercício está sujeito a limites” e quando tais limites não emanam diretamente da Constituição, “são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional<sup>21</sup>”, sendo certo que o “tema da restrição aos direitos fundamentais é um dos mais ricos e complexos da moderna dogmática constitucional”.

Na compreensão de Sarlet (2004, p. 118), os direitos fundamentais admitem limitações, partindo da premissa de que “em princípio, inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição”, mas refuta qualquer possibilidade de a limitação “ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição.”

Bentivegna (2020) chama a atenção para o fato de que a liberdade de expressão, enquanto pilar do Estado Democrático de Direito, pode deter a primazia quando estiver em conflito com outros direitos da personalidade, contudo, o certo é que, havendo tensão entre direitos fundamentais, a ponderação acerca de qual deles irá prevalecer se resolve à luz do caso concreto, vale dizer, conforme Barroso (2020), a solução passará pela valoração de elementos do caso concreto com vistas à resposta que melhor atenda a vontade constitucional.

Nessa mesma esteira, explica Ávila (2016) que não são as normas jurídicas, aprioristicamente, que determinam a dimensão de peso, como se tal dimensão estivesse incorporada na estrutura de um tipo de norma a ponto de esta ser privilegiada em detrimento de outra, mas se trata de prerrogativa conferida ao julgador para aplicá-la diante do fato concreto.

Em palavras diferentes: “a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto”, como foi o caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. No início da década de cinquenta, Erich Lüth era o diretor do Clube da Imprensa de Hamburgo e conclamou todos os distribuidores de filmes cinematográficos, como também o público

21 A nota Barroso (2020, p. 318): “Como regra geral, colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas em concreto, e não em abstrato. A lei pode procurar oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válida se ela própria realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto. Por essa razão, o art. 20 do Código Civil, ao cercear drasticamente a liberdade de expressão em favor do direito de imagem, não resiste, em sua literalidade, ao teste de constitucionalidade, exigindo um difícil esforço de interpretação conforme a Constituição. V. Luis Roberto Barroso, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 79 e s. Foi nesse sentido, aliás, a decisão do STF no julgamento da ADI 4.815, DJU, 29 jan. 2016, Rel. Min. Cármen Lúcia.”

em geral, a boicotar o filme “Amada Imortal”, lançado à época por Veit Harlan, antiga celebridade de filmes difusores das ideias nazistas.

Por conta disso, Harlan e parceiros comerciais desse novo filme ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB, Código Civil alemão. O referido dispositivo dispõe que todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, está obrigado a uma prestação negativa sob cominação de pena pecuniária.

Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, com base no art. 5 I 1, da Lei Fundamental, sob a alegação de ter sido violado o seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, acionou o Tribunal Constitucional Federal (TCF), que acolheu a reclamação para revogar a decisão condenatória estadual, sendo a primeira vez que os direitos fundamentais passaram a ser considerados direitos públicos subjetivos de resistência dirigidos contra o Estado e na perspectiva de ordem axiológica objetiva.

Por essa decisão foram fixadas não apenas as bases da dogmática geral dos direitos fundamentais, como a própria dogmática da liberdade de expressão e os seus limites, bem ainda, o imperativo de se aplicar a ponderação no caso concreto (MARTINS, 2005).

Ao lado desse paradigmático caso do direito germânico, o sistema jurídico pátrio também contribui para a compreensão do tema versado no presente artigo com a Reclamação 22328 e a ADPF 496, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, ambos da relatoria do Ministro Roberto Barroso. A Reclamação foi ajuizada contra decisão judicial que determinara a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico da reclamante, mediante o fundamento de que a decisão reclamada afrontava o que decidido na ADPF 130, a qual proibiu a censura de publicações jornalísticas, bem como qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões, que se afigura medida de caráter excepcional, porquanto a liberdade de expressão desfruta de posição preferencial e traduz pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdades.

O STF julgou procedente a Reclamação e reconheceu que o eventual “uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização” e o comando para “a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação” violou essa orientação (BRASIL, STF, 2018).

Por sua vez, na ADPF 496, a questão girava em torno da recepção pela Constituição Federal do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato, e sua conformidade ou não com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental por entender que a



norma do artigo 331 do Código Penal versando sobre o crime de desacato “foi recepcionada pela Constituição de 1988”, em razão das seguintes premissas: a)- para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do STF, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes é legítima; b)- a diversidade de regime jurídico existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla, isto é, as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas; c)- a criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida; d)- os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública (BRASIL, STF, 2020).

Nesse contexto, a análise dos dois julgados pelo STF revelou que, enquanto na Reclamação 22328 a livre manifestação do pensamento prevaleceu pelo fato de desfrutar de posição preferencial no sistema jurídico pátrio, na ADPF 496, ao reverso, foi preterida, sob o fundamento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

## CONCLUSÃO

A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não apenas se projeta nas relações do Estado com o indivíduo, como também nas relações de direito privado, sem descurar, ainda, que os seus efeitos irradiam e repercutem em todos os ramos do direito, de forma que as autoridades estatais, quando tiverem que interpretar e aplicar as normas constitucionais ou infraconstitucionais, deverão se orientar pelos direitos fundamentais e, nesta lógica, encontra-se inserida a livre manifestação do pensamento.

A liberdade de expressão é encarada como um dos pilares do modelo constitucional brasileiro, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, e usufrui de posição preferencial no sistema jurídico pátrio, mas não detém a supremacia, enquanto a dignidade da pessoa humana é reconhecida como o valor máximo da ordem jurídica, podendo estar associada a direitos que se contrapõem à liberdade de manifestação do pensamento, como a privacidade, a imagem, a honra, etc.

Na hipótese de haver tensão ou colisão entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais, podendo caracterizar conflito entre normas constitucionais, caberá ao intérprete, diante do caso concreto, aplicar o princípio da proporcionalidade, mediante a técnica do sopesamento, assim como ao legislador e ao operador jurídico, para encontrar a solução

que ao mesmo tempo traduza a vontade, como também preserve a unidade da Constituição, resguardando, assim, a sua força normativa, até para que os direitos fundamentais não se tornem ou voltem a ser meras declarações políticas.

Inexistindo hierarquia ou prevalência “*prima facie*” entre as normas de direitos fundamentais, então somente diante do caso concreto é que será possível definir o direito que deverá prevalecer e, em razão disso, receber a proteção estatal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARAÚJO; Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila de Almeida. O Ministério Público e a liberdade de expressão dos seus membros. Revista do CNMP, Brasília, v. 8, p. 41-74, 2020.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de Expressão, Honra, Imagem e Privacidade - Os limites entre o lícito e o ilícito. Barueri: Manole, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 – Distrito Federal. Relator Min. Celso de Melo. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496 (0012916-84.2017.1.00.0000). Requerente:

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministro Roberto Barroso. Acompanhamento Processual, Brasília, DF, 30 out. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424 – Rio Grande do Sul. Ementa: Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada. Relator Min. Moreira Alves, redator para Acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 907. ADI 4451/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, julgamento em 20 e 21.6.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Reclamação 22328/RJ. Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. Recorrente: ABRIL Comunicações S/A. Recorrido: 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca do Rio de Janeiro. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 38.782. Rio de Janeiro. RCL 38782. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 03 de novembro de 2020. p. 29. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em 22 jun. 2021.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PORTO, Letícia de Andrade. A descriminalização do desacato em face da proteção da liberdade de expressão. Revista do CNMP, Brasília, v. 8, p. 351-384, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FARAH, André. Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FIGUEIREDO, Ivanilda. Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; KOHLS, Cleize Cernelinda. Direitos fundamentais e o dever de proteção: uma análise pautada no sistema constitucional e na decisão do caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil* na corte interamericana de direitos humanos. *EJLL*, Joaçaba, v. 19, n.1, p. 149-166, jan./abr. 2018.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de Expressão: que noções podemos aprender com a experiência americana. In: FARIA, José Eduardo (Org). *A liberdade de expressão e as novas mídias*. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 127-167.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50\\_anos\\_dejurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf). Acesso em: 05 mai. 2021.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación: daños por noticias inexactas o agraviantes*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Cautelar n. 0030603-92.2016.8.19.0001. 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME. Julgamento em 02/02/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0045315-08.2011.8.26.0506. Relator: Des. Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 10/12/2015; Data de Registro: 17/12/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação de Indenização n. 1098711-29.2014.8.26.0100. Relator: Des. Natan Zelinschi de Arruda. 18ª Vara Cível de São Paulo e 4ª Câmara de Direito Privado. Autor: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Réu: José Levy Fidelix da Cruz. Julgamento em: 27/07/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Revista de Direito do Estado (RDE), Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, out./dez. 2006.

SCHAUER, Frederick. Liberdade de expressão em decisões na Europa e nos Estados Unidos: um estudo de caso na arquitetura constitucional comparada. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 99-122.

SEDLER, Robert A. Um ensaio sobre a liberdade de expressão: os Estados Unidos versus o resto do mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). Liberdade de Expressão no Século XXI. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 87-98.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael. A tese da posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade: análise crítica à luz da legalidade constitucional. In: SCHREIBER, Anderson et al (Coord). Direito e Mídia – Tecnologia e Liberdade de Expressão. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 29-53.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RECEBIDO EM: 01/06/2022

APROVADO EM: 02/08/2022

# **INAPLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A INTERPRETAÇÃO DO ART. 4º, INCISO III E §1º DA LGPD À LUZ DO DIREITO COMPARADO.**

*INAPPLICABILITY OF THE GENERAL DATA  
PROTECTION LAW: THE INTERPRETATION  
OF ART. 4, §1 OF THE LGPD IN THE LIGHT OF  
COMPARATIVE LAW.*

*Ricardo Ramos Sampaio<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Mestrando pela Universidade de Brasília (UNB). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

\*\*\*Artigo sob a orientação e co-orientação dos Professores:

Orientador: Ugo Silva Dias

Professor do Departamento de Engenharia Elétrica (EnE) da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Engenharia Elétrica. Coordenador Substituto do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica - PPGEE/UnB.

Co-orientador: Georges Daniel Amvame Nze

Professor Associado do Departamento de Engenharia Elétrica (EnE), da Faculdade de Tecnologia da UnB - FT/EnE/UnB. Doutor em Engenharia Elétrica. Coordenador Substituto do Programa de Pós-Graduação Profissional em Engenharia Elétrica - PPEE, área de concentração em Segurança Cibernética.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O art. 4º da LGPD. 2. Direito Comparado. 3. A Advocacia-Geral da União, o Supremo Tribunal Federal e a LGPD-Penal. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O trabalho visa alcançar a melhor interpretação para o art. 4º, inciso III e §1º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que cuida da inaplicabilidade da norma para o tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. Para isso, o texto percorre algumas etapas. A primeira delas é realizar uma interpretação dos dispositivos à luz de regras hermenêuticas. Em segundo momento dedica-se a estabelecer um comparativo entre o dispositivo da LGPD e normas estrangeiras congêneres. Por fim, com o intuito de reforçar o raciocínio apresenta manifestação da Advocacia-Geral da União e posicionamento do Supremo Tribunal Federal, além do Anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados Penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados. Tratamento de Dados. Segurança Pública. Defesa Nacional. Segurança do Estado. Atividades de Investigação e Repressão de Infrações Penais. Direito Comparado.

**ABSTRACT:** This paper aims to achieve the best interpretation for art. 4, item III and §1 of the General Data Protection Law (LGPD) that takes care of the inapplicability of the rule for the processing of data carried out for the exclusive purposes of public security, national defense, State security or investigation and prosecution activities of criminal offenses. For this, the text goes through a few steps. The first one is to perform an interpretation of the devices in the light of hermeneutic rules. Secondly, it is dedicated to establishing a comparison between the LGPD device and similar foreign standards. Finally, in order to reinforce the reasoning, it presents a manifestation of the Attorney General's Office and the position of the Federal Supreme Court, in addition to the Draft of the General Law for the Protection of Criminal Data.

**KEYWORDS:** Inapplicability of the General Data Protection Law. Data Processing. Public security. National defense. State Security. Investigation and Prosecution of Criminal Offenses. Comparative Law.

## INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), de 14 de agosto de 2018, com vigência da maioria dos seus dispositivos diferida em 24 meses, foi editada e impulsionada na conjuntura<sup>2</sup> da *General Data Protection Regulation* (GDPR) (EUROPEIA, 2016), legislação europeia que consolidou a proteção do tratamento de dados, e do escândalo da Cambridge Analytica, envolvendo dados da rede social Facebook (G1, 2018). O assunto, no entanto, foi amadurecido a partir da constatação que os dados dos usuários e, principalmente, seu comportamento na rede mundial de computadores se traduzem em ativo econômico, merecendo a devida proteção na linha do que foi realizado em outros países.

O presente trabalho se propõe a analisar um dispositivo específico da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o art. 4º, inciso III, que cuida da sua inaplicabilidade no contexto de tratamento de dados utilizado, exclusivamente, nas hipóteses de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. O escopo é realizar uma pesquisa em legislações de outros países com o objetivo de traçar um paralelo entre as hipóteses de inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados e normas congêneres.

A hipótese que se aventa é que a LGPD seguiu os parâmetros mundiais sobre o assunto. A Lei Geral de Proteção de Dados, no § 1º do art. 4º, remeteu à legislação específica o tratamento de dados pessoais previsto no inciso III do mesmo dispositivo, contudo estabeleceu diretrizes a serem observadas pelo legislador.

Para tanto, propõe-se uma interpretação do dispositivo em si, realizando um cotejo com leis de tratamento e proteção de dados da Europa, Califórnia/USA, Argentina, Colômbia, Costa Rica, Peru, México, Panamá, Uruguai, Chile e República Dominicana,

O objetivo com esse universo é buscar um comparativo não apenas com a *General Data Protection Regulation* (GDPR), legislação que inspirou diretamente a LGPD, e a Lei da Califórnia de Privacidade do Consumidor (CCPA), mas partir para uma análise de leis que foram editadas em um espectro de tempo amplo, em países da América Latina e que não participem

2 O Projeto de Lei nº 4060/2012 é da relatoria do Dep. Milton Monti. Em 2016, foi apensado à matéria o PL nº 5276/2016, encaminhado pelo Poder Executivo e mais abrangente, contendo 56 artigos divididos em nove capítulos. Após o episódio da Cambridge Analytica, em março de 2018, citado expressamente no relatório pelo Dep. Orlando Silva, o assunto ganhou impulso, tendo sido aprovado requerimento de urgência, e, na sequência, a redação final pelo plenário, em 29/05/2018.



de colaboração acentuada e direta com a denominada Five Eyes Alliance.<sup>3</sup> Essa diversidade procura afastar a homogeneização do conjunto pesquisado.

Para além disso, não se pode perder de vista a hermenêutica assentada pela Advocacia Geral da União e o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

## 1. O ART. 4º DA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados estipulou, em seu artigo 4º, hipóteses de inaplicabilidade da norma, à exemplo do tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos, assim como aqueles efetivados por pessoa natural, com fins particulares e não econômicos. Especificamente no inciso III, do artigo em referência, estão englobados, como exceção, o tratamento de dados com fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais

<sup>3</sup> A Five Eyes Alliance é um acordo de intercâmbio de informações de inteligência, no mais amplo espectro, entre os Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá e Nova Zelândia. A Aliança remonta ao final da segunda guerra mundial. Recentemente, existem documentos que apontam a tentativa de ingresso formal no grupo da Alemanha, França, Dinamarca, Holanda, Noruega, Bélgica, Itália, Espanha, Suécia, Israel, Singapura, Coreia do Sul e Japão.

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei. (BRASIL, 2018)

Cuidou a Lei de definir, em seu art. 5º, inciso X, o tratamento de dados como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

O art. 4º, §1º da LGPD, por sua vez, dispõe que o tratamento de dados pessoais previsto no inciso III deve ser regido por legislação específica. Portanto, esse plexo de comandos e atividades, constantes do citado art. 5º, inciso X, não estão abarcados pela Lei, quando o tratamento de dados disser respeito, exclusivamente, à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais, uma vez que a norma remeteu a disciplina do tema à lei a ser editada em momento posterior.

Ocorre que a Lei Geral de Proteção de Dados estipulou que essa anunciada legislação específica, regulamentadora das hipóteses descritas no inciso III do art. 4º, deveria “prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei” (art. 4º, §1º, *in fine*).

A partir dessa assertiva, é possível dividir as diretrizes voltadas ao legislador da norma especial em dois campos. O primeiro relacionado a princípios e garantias fundamentais de natureza constitucional. Logo de início, se diz que a norma especial deve estabelecer uma proporcionalidade e finalidade para o tratamento de dados dentre as hipóteses listadas no inciso III, do art. 4º da LGPD, privilegiando-se, em última instância o interesse público. A expressão “interesse público”, neste caso, deve ser entendida, como resultado da confluência de interesses individuais no contexto societário, o que Bandeira de Mello (2013) denominou de interesse público primário, dissociando das finalidades buscadas pelo Estado ou governantes, aquilo que convencionou designar de interesse público secundário.

É importante a exata percepção do interesse público perseguido na edição da nova norma, uma vez que, com a Lei, se confrontarão, em sua aplicação, interesses de proteção do direito à privacidade e intimidade

e à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, erigidos constitucionalmente a garantias individuais, respectivamente nos incisos X e LXXIX, da Carta Magna, e, de outro lado segurança pública e do Estado, defesa nacional e repressão de infrações penais (BRASIL, 1988).

Esse juízo de ponderação, que se traduz no sopesamento de interesses que se sobrelevam no exame do caso em concreto, foi objeto de interessante estudo em sede de tese de doutorado de Paulo Gustavo Gonet Branco, na Universidade de Brasília, originando, na sequência, a obra Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. O escólio traz essencial raciocínio:

Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, “as regras somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos”.

A distinção se torna crucial para apreender as peculiaridades dos conflitos entre direitos fundamentais. A estrutura que se observa num caso de colisão de regras distancia-se daquela que peculiariza uma colisão de princípios.

A colisão de princípios, da mesma forma que a colisão de regras, refere-se à situação em que a aplicação de ambas as normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios.

Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se inválida uma delas.

Já os princípios, quando se contrapõem, não estariam exatamente em contradição, mas em tensão, que deve ser resolvida com referência ao caso que, à primeira vista, os atrai. Os princípios apresentam pesos ou importâncias diferentes para o caso analisado, mesmo que, considerados em abstrato, nenhum ostente primazia sobre o outro. O que há de se realizar é uma ponderação entre os princípios, com vistas a apurar qual o que se refere a interesse de maior monta no episódio a ser avaliado (BRANCO, 2009, p. 167/168).

No campo da LGPD, Bioni (2019) sugere diagrama de quatro etapas composto por legitimidade do interesse, necessidade, balanceamento e salvaguardas para se alcançar o legítimo interesse no tratamento de dados.

Tal proposta encontra paralelo na teoria de Alexy (2008, p. 117) para quem “a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais”.

Doutro giro, mirando a segunda parte da diretriz do §1º do art. 4º da LGPD, é imperioso que se observe o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular.

O devido processo legal é a garantia constitucional que visa assegurar ao indivíduo a observância de requisitos, princípios, ritos e normas para se alcançar um objetivo ao longo de um procedimento ou para edição de um ato jurídico. É a submissão ao processo estabelecido pela lei (NOVELINO, 2013). Em outras palavras, a LGPD reafirma a necessidade de respeito a um direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso LIV da Carta Magna Brasileira. Mas vai além, o rito do “devido processo legal” para o tratamento de dados na legislação especial deve ser aquele que foi previsto, de forma geral, na própria LGPD.

Em relação aos princípios gerais de proteção e os direitos do titular, trata-se de disposições estipuladas pela LGPD, respectivamente nos art. 6º e art. 17 a 22. Dentre os princípios encontra-se, por exemplo, o da finalidade, conceituado como *a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades* (BRASIL, 2018). No rol de direitos há o da revogação do consentimento, que se traduz na possibilidade do titular sustar a autorização previamente concedida para tratamento de seus dados.

Ou seja, embora inaplicável, a LGPD teria criado espécies de balizas gerais, ou mesmo, conteúdo mínimo, para o legislador pátrio, quando da edição da Lei especial que disciplinará o tratamento de dados realizados exclusivamente no contexto de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Não se tem por escopo, neste trabalho, questionar o quanto estaria o novo legislador, editando lei de natureza especial, adstrito aos contornos, limitações e disciplina mínimas sinalizadas em norma geral. Um ponto, no entanto, que pode despertar dúvida diante da previsão legal é se os princípios, fundamentos e conceitos da LGPD são aplicáveis de imediato nos casos do inciso III do art. 4º, ainda que a norma tenha remetido a disciplina do tema para norma especial, em virtude da redação do art. 4º, §1º, *in fine*.

As regras de interpretação hermenêutica podem auxiliar na busca de uma solução.

De antemão, perquirindo-se a *mens legislatoris*, extrai-se da exposição de motivos do Anteprojeto de lei elaborado pelo Ministério da Justiça, que resultou no PL 5276/2016, apensado ao PL 4060/2012:

A minuta proposta abarca o tratamento de informações pessoais processadas tanto pelo setor público como pelo setor privado. Estão excluídos do âmbito de proteção da norma, no entanto, aqueles tratamentos de dados pessoais realizados para fins exclusivamente pessoais, bem como aqueles que tem por objeto o exercício regular da atividade jornalística, artística, literária ou acadêmica. Quanto à regulação referente à segurança pública, esta deverá respeitar os princípios gerais estabelecidos no texto, porém contará com legislação específica posterior a esta proposta. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2016)

Depreende-se do último período do parágrafo que o intuito daqueles que elaboraram o Anteprojeto era remeter a disciplina do tratamento de dados das hipóteses do art. 4º, inciso III, da LGPD, para uma legislação específica.

Em momento seguinte, dando seguimento ao raciocínio a respeito da intenção do legislador, é profícuo que se faça um comparativo entre os incisos II, alínea “b” e III, ambos do art. 4º.

Existem, como já dito, quatro incisos no art. 4º que excluem a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. Nos incisos I, II, “a” e IV não há qualquer referência ou delimitação a respeito da inaplicabilidade da LGPD, seja no próprio dispositivo ou em parágrafo subsequente. Por exemplo, o art. 4º, inciso II, alínea “a” é categórico ao dizer que não se aplica a lei ao tratamento de dados realizado para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos. Veja que a lei não fixou qualquer condição ou regramento no particular.

Em relação ao inciso II, alínea “b”, do art. 4º da LGPD foi adotada opção diversa. Nesse específico caso, outro caminho foi escolhido. Quando o tratamento de dados for realizado com fins exclusivamente acadêmicos deve-se observar estritamente os arts. 7º e 11 da LGPD. Destarte, aplica-se apenas os artigos expressamente indicados.

No caso do inciso III c/c §1º, ambos do art. 4º não houve qualquer menção a aplicabilidade de dispositivos da LGPD. Preocupou-se a norma nesta última hipótese em anunciar diretrizes para edição de uma legislação especial.

Assim, o que se observa na técnica legislativa utilizada é que quando houve intenção de aplicar determinadas regras da LGPD o legislador o fez expressamente. Da mesma forma procedeu quando entendeu que deveria projetar orientações para norma futura. *A contrario sensu*, na falta de previsão específica, deve-se presumir que o legislador fez uma opção consciente e cuidadosa a respeito da inaplicabilidade da LGPD em situações especiais. Entender o oposto é conferir eloquência e erigir como lacuna uma opção legislativa, olvidando o princípio de hermenêutica *verba cum effectu sunt accipienda*. Na lição de Maximiliano (2010, p. 204) *não se presumem na lei palavras inúteis. Literalmente: devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia. As expressões*

*do direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos e inúteis.*

Convém, no entanto, que na interpretação do dispositivo seja realizada uma avaliação no campo do direito comparado.

## 2. DIREITO COMPARADO

Historicamente, as leis de proteção de dados podem ser classificadas em quatro gerações (DONEDA, 2020). Desde a década de 70, com a edição da Data Legen 289<sup>4</sup>, primeira lei de proteção de dados de âmbito nacional, viu-se a perspectiva de abordagem normativa evoluir para alcançar a mudança do enfoque individual para o coletivo, amplificando os instrumentos normativos de proteção.

Contemporaneamente, já no âmbito da quarta geração de leis de proteção de dados, o que se deu a partir da década de 90 do século passado, pode-se destacar alguns exemplos.

Na *Ley de Protección de los Datos Personales*, Ley 25.326/2000, a correspondente argentina da nossa Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, 2.b) conjugado com o artigo 17, 1. e 2. já se reconhecia, pouco menos que 20 anos antes da edição da LGPD, as especificidades do tratamento de dados nas hipóteses de defesa nacional, segurança pública e investigação de infrações penais. É a redação:

*Artículo 5º — (Consentimiento).*

*2. No será necesario el consentimiento cuando:*

*b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.*

*Artículo 17. — (Excepciones)*

*1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros.*

*2. La información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar*

<sup>4</sup> O Estatuto para os bancos de dados de 1973, editado na Suécia, foi a primeira lei de âmbito nacional a estabelecer um regulamento voltado a disciplinar centros de coleta ilimitada de dados, criando, inclusive, uma autoridade nacional que inspecionava o uso de dados pessoais

*actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado. (ARGENTINA, 2000)*

A lei de proteção de dados colombiana, *Ley Estatutaria* 1581 de 2012, disciplina a questão afastando do seu âmbito de aplicação dados de segurança e defesa nacional, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, inteligência e contra-inteligência. (art. 2, b) e c) e art. 10). *In verbis*:

*Artículo 2°. Ámbito de Aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.*

*El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:*

*b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo;*

*c) A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia;*

*Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización.*

*La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:*

*a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; (COLOMBIA, 2012)*

Na Costa Rica, na *Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales*, Lei nº 8968/2011, podem ser impostas limitações a autodeterminação informativa, definidos como conjunto de princípios e garantias, nas hipóteses de segurança do Estado e investigação, prevenção e repressão de infrações penais (art. 8º, a) e c)).

*Artículo 8.- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano*

*a) La seguridad del Estado*

*c) La prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones. (RICA, 2011)*

Isso, significa, em outros termos, que, embora aplicável irrestritamente, a lei costa-riquenha preferiu dar tratamento específico ao assunto na própria legislação geral.

A *Ley n° 29.733, Ley de Protección de Datos Personales*, editada em 3 de julho de 2011, no Peru excluiu do seu âmbito de abrangência (art. 3º) o tratamento de dados quando for necessário para o desempenho de competências dos órgãos públicos de defesa nacional, segurança pública e investigação e repressão de crimes.

*Artículo 3. Ámbito de aplicación La presente Ley es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles. Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales:*

*[...]*

*2. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito. (PERU, 2011)*

A lei mexicana, *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*, em seu art. 80 e seguintes, explicita que o tratamento de dados pessoais realizado pelas autoridades de segurança nacional deve obedecer aos corolários de proporcionalidade, adequação e finalidade, devendo, ainda, estabelecer medidas de proteção em seus bancos de dados que garantam a disponibilidade, integridade e confidencialidade das informações.

*Artículo 80. La obtención y tratamiento de datos personales, en términos de lo que dispone esta Ley, por parte de los sujetos obligados competentes en instancias de seguridad, procuración y administración de justicia, está limitada a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios y proporcionales para el ejercicio de las funciones en materia de seguridad nacional, seguridad pública, o para la prevención o persecución de los delitos. Deberán ser almacenados en las bases de datos establecidas para tal efecto. Las autoridades que accedan y almacenen los datos personales que se recaben por los particulares en cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes, deberán cumplir con las disposiciones señaladas en el presente Capítulo.*



*Artículo 81. En el tratamiento de datos personales así como en el uso de las bases de datos para su almacenamiento, que realicen los sujetos obligados competentes de las instancias de seguridad, procuración y administración de justicia deberá cumplir con los principios establecidos en el Título Segundo de la presente Ley. Las comunicaciones privadas son inviolables. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada.*

*Artículo 82. Los responsables de las bases de datos a que se refiere este Capítulo, deberán establecer medidas de seguridad de nivel alto, para garantizar la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información, que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado. (MÉXICO, 2017)*

Assim como na lei da Costa Rica, o México optou por em capítulo próprio da sua lei geral de proteção de dados conferir tratamento diferenciado às hipóteses de segurança nacional, segurança pública, ou para a prevenção ou perseguição dos delitos.

No Panamá, assim como no Brasil, a Lei de Dados Pessoais (Ley nº 81/2019) é recente, tendo entrado em vigor apenas em 2021. Em seu art 3º, excepciona-se da aplicação da norma os tratamentos de dados pessoais realizados com a finalidade de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou nas hipóteses de inteligência financeira e segurança nacional.

*Artículo 3. Se exceptúan del ámbito de esta Ley aquellos tratamientos que expresamente se encuentren regulados por leyes especiales o por las normativas que las desarrollen, además de los tratamientos de datos personales siguientes:*

*[...]*

*2. Los que realicen autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.*

*3. Los que se efectúen para el análisis de inteligencia financiera y relativos a la seguridad nacional de conformidad con las legislaciones, tratados o convénios internacionales que regulen estas materias. (PANAMÁ, 2019)*

A lei uruguaia, *Ley 18331/2008 – Protección de Datos Personales Y Acción de “habeas data”*, estabelece em seu art. 27 que a norma não se aplica quando os dados possam afetar a defesa nacional, segurança pública e repressão de crimes.

*Artículo 27. Excepciones al derecho a la información.-*

*Lo dispuesto en la presente ley no será aplicable a la recolección de datos, cuando la información del titular afecte a la defensa nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales. (URUGUAI, 2008)*

A Lei nº 172/13, *Ley Orgánica sobre Protección de Datos de Carácter Personal*, da República Dominicana, seguiu a linha das demais legislações ressaltando de sua aplicabilidade os arquivos dos organismos de inteligência e investigação e prevenção de crimes (art. 4º 2.).

*Artículo 4.- Restricciones. El régimen de protección de los datos de carácter personal no aplicará:*

*2. A los archivos de datos personales establecidos por los organismos de investigación y de inteligencia de la República Dominicana encargados de la prevención, persecución y castigo de los crímenes y delitos. (DOMINICANA, 2013)*

No Chile, com a Lei nº 19.628/99, não é necessário o consentimento do titular dos dados se o tratamento for realizado por entidade pública que detenha competência para realizar a atividade (art. 15 e 20). Para além disso, o titular dos dados não pode solicitar o acesso, modificação, cancelamento ou bloqueio de dados em órgãos públicos quando haja prejuízo à função investigatória e ao interesse nacional. É a dicção da lei chilena:

*Artículo 15.- No obstante lo dispuesto en este Título, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

*Artículo 20.- El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular. (CHILE, 1999)*

Como se observa, a lei chilena, assim como a mexicana e a costa riquenha, igualmente estabeleceu, no seu próprio regime geral, disposições especiais acerca do tratamento de dados realizado com a finalidade investigativa e de segurança nacional.

Por fim, importante citar a *General Data Protection Regulation (GDPR)*, legislação do bloco da comunidade europeia que revogou a Diretiva de

Proteção de Dados 95/46/CE e entrou em vigor em 25 de maio de 2018, inspirando a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados excluiu (art. 2º), expressamente, do seu escopo de abrangência o tratamento de dados pessoais realizados pelas autoridades competentes para prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais, incluindo-se, nesse contexto, a proteção e prevenção de ameaças à segurança pública.

*Art. 2 – Material Scope*

*2. This Regulation does not apply to the processing of personal data:*

*(d) by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security. (EUROPEIA, 2016)*

A Lei da Califórnia de Privacidade do Consumidor (CCPA), de 28 de junho de 2018, Estado Americano onde se concentram empresas como Google, Apple, Facebook, Instagram, WhatsApp e Twitter estabeleceu em seu item 1798.145 que as obrigações impostas às empresas não devem impedir que elas cumpram outras leis de caráter federal, estadual ou municipal, ou mesmo que auxiliem autoridades em investigações cíveis ou criminais.

*1798.145.*

*(a) The obligations imposed on businesses by this title shall not restrict a business's ability to:*

*(1) Comply with federal, state, or local laws.*

*(2) Comply with a civil, criminal, or regulatory inquiry, investigation, subpoena, or summons by federal, state, or local authorities.*

*(3) Cooperate with law enforcement agencies concerning conduct or activity that the business, service provider, or third party reasonably and in good faith believes may violate federal, state, or local law. (CALIFORNIA, 2018)*

Com esse extenso apanhado de Leis estrangeiras de proteção de dados, é possível afirmar que a LGPD não destoou, nesse particular, de normas congêneres. Em regra, portanto, sistemas de direito positivo não adotaram normas gerais e abstratas que abarcaram tratamento de dados de segurança

pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de inteligência, investigação e repressão de infrações penais

### **3. A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LGPD-PENAL**

Em 2020, surgiu controvérsia entre posicionamentos das Consultorias Jurídicas dos Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e do Ministério da Infraestrutura (MINFRA). A questão de base envolvia o acesso pelo MJSP e seus órgãos e entidades vinculadas às bases de dados de condutores e veículos automotores geridas pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN). Sobressaiu, nesse contexto, questão a ser dirimida pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, unidade componente da estrutura da Consultoria Geral da União/AGU, responsável por elaborar manifestações jurídicas para uniformização de controvérsias entre os órgãos jurídicos.

Ao longo do debate, ainda entre as Consultoria Jurídicas do MJSP e MINFRA, restou pacificada a possibilidade de compartilhamento da base de dados, tendo remanescido dúvida a respeito da aplicabilidade da LGPD, especialmente no tocante ao tratamento das informações disponibilizadas. O ponto crucial girou em torno da aplicabilidade imediata dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular dos dados previstos na LGPD para o tratamento de dados de segurança pública e que envolvesse atividades de investigação e repressão de infrações penais. Essa questão foi submetida ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos/CGU/AGU (DECOR).

O entendimento do Parecer n. 00088/2020/DECOR/CGU/AGU, com as alterações do Despacho n. 00357/2021/DECOR/CGU/AGU, exarados no processo NUP 08000.066064/2019-01, foi aprovado por meio do Despacho do Advogado-Geral da União Substituto nº 250. Em suma, o que a Advocacia-Geral da União firmou como posicionamento é que em relação às atividades de segurança pública, investigação e repressão de infrações penais, a disciplina do tratamento de dados deve ser realizada por legislação própria, apenas se aplicando, para esses casos, os §2º e 4º do art. 4º da LGPD. São esclarecedores os termos do Despacho n. 00357/2021/DECOR/CGU/AGU:

18. O § 1º do art. 4º da LGPD estabelece que o tratamento de dados pessoais para referenciadas finalidades será objeto de lei específica, a qual deverá disciplinar a matéria sem olvidar as peculiaridades que são próprias destas finalidades e do interesse público perseguido, vocacionado para combater com eficiência a criminalidade. Assim o tratamento dos

dados para execução das referenciadas políticas públicas será objeto de lei especial, que preverá cautelas específicas e compatíveis com a finalidade pública almejada, de maneira que o legislador ordinário editará comandos próprios para resguardar os direitos dos titulares dos dados sem comprometer a eficiente persecução penal.

19. Assim, o legislador ordinário, ao prever que referenciada lei específica a ser editada deverá resguardar a proporcionalidade, o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD está, na verdade, expressando que a matéria não está tratada na LGPD, bem como que será disciplinada em lei própria, especial, não cabendo, salvo melhor juízo, aplicar de imediato disposições da LGPD para o tratamento de dados para as finalidades de segurança pública, investigação e repressão de crimes justamente porque para tais finalidades foi prevista a incidência de lei própria, a ser editada especificamente para disciplinar tais hipóteses, e que, portanto, estabelecerá salvaguardas e ponderações próprias e especiais, que acautelem os direitos dos titulares dos dados sem comprometer a eficiente persecução penal.

20. As salvaguardas postas ao final do § 1º do art. 4º da LGPD, pois, compreendem um plexo de diretrizes que devem ser consideradas na elaboração da lei vindoura, e não se prestam para determinar a incidência imediata de dispositivos da LGPD, ainda que materialmente relacionados aos preceitos jurídicos referenciados no aludido § 1º do art. 4º da LGPD.

26. O § 1º do referenciado artigo 4º, pois, além de prever que a matéria especificamente relacionada ao tratamento de dados para fins de segurança pública e investigação e repressão de crimes será disciplinada por legislação própria, o que não é previsto para as demais hipóteses em que a incidência da Lei nº 13.709, de 2018, foi afastada pelos incisos do art. 4º, também delimita as diretrizes, inclusive de patamar constitucional, que devem ser observadas pelos Poderes Constituídos no trâmite da norma, revelando-se, salvo melhor juízo, impróprio e paradoxal que, a partir de tais diretrizes, seja investigada a incidência ou não de determinados artigos da LGPD para as hipóteses que a própria LGPD fixou sua não incidência e ainda teve o cuidado de prever lei própria para sua disciplina.

31. Portanto, a melhor exegese do inciso II, alínea “b”; do inciso III, alíneas “a” e “d”; e dos §§ 1º a 4º; todos do art. 4º da LGPD; determina que: **(a)** a LGPD não se aplica para o tratamentos de dados com fins de segurança pública, investigação e repressão de ilícitos, ressalvado o disposto nos §§ 2º a 4º do seu art. 4º; **(b)** o tratamento dos dados para estas

finalidades será disciplinado em lei especial; **(c)** os Poderes constituídos, na proposição e trâmite da lei especial, devem considerar as diretrizes, inclusive de patamar constitucional, de que cuida a parte final do § 1º do art. 4º da LGPD; e **(d)** a não incidência da LGPD não enseja a interrupção da execução das políticas públicas de segurança e persecução penal nem tampouco a absoluta ausência de salvaguardas, de governança e de reserva no tratamento dos dados pessoais para tais finalidades, devendo as Pastas envolvidas aplicar os preceitos constitucionais e as normas legais e infralegais em vigor até que sobrevenha a legislação especial.

A questão dirimida pelo DECOR teve como foco o tratamento de dados no contexto de segurança pública, investigação e repressão de infrações penais, alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 4º. O raciocínio utilizado, no entanto, por decorrência lógica, aplica-se às outras alíneas, “b” e “c” do mesmo dispositivo. Dito de outro modo, o tratamento de dados para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado não está regido pela LGPD, excetuando-se os §§ 2º e 4º do art. 4º.

No campo judicial, o Supremo Tribunal Federal tangenciou o tema ao ser instado a se manifestar em virtude da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tombada sob o nº 695, e protocolizada em 15/06/2020. Os instrumentos normativos atacados foram o Decreto nº 10.046/2019, Portaria nº 15/2016 (BRASIL, 2016) e Termo de Autorização nº 07/2020, ambos do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN). Na ação, questionou-se o compartilhamento de dados do DENATRAN com a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).

Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes foi proferida decisão em sede de Medida Cautelar em que se reconheceu *que o próprio texto da LGPD escusa a aplicação dos seus princípios e diretrizes ao tratamento de dados para fins de segurança pública, defesa nacional ou segurança do estado (art. 4º, inciso III)*. (ADPF, 2020)

Por fim, é importante pontuar, na esteira de se confirmar a inaplicabilidade da LGPD ao tratamento de dados promovidos exclusivamente para os fins do art. 4º, inciso III, que, por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 26 de novembro de 2019, foi constituída Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto da Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal (LGPD-Penal).

O Anteprojeto foi apresentado pela Comissão que reafirmou, na exposição de motivos, a opção do legislador, durante às discussões da LGPD, acerca da necessidade de edição de legislação específica que contemplasse a regulação do art. 4º, inciso III, da LGPD. Em sua proposta de texto normativo, a LGPD-Penal estabeleceu a sua abrangência: *Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado*. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2020)

O Anteprojeto contemplou 12 capítulos, perfazendo 68 artigos, mas limitou-se a regulamentar as alíneas “a” e “d” do inciso III, do art. 4º, isto é, o tratamento de dados relacionados à segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais, deixando de lado as alíneas “b” e “c”, respectivamente defesa nacional e segurança do Estado, que permanecem alheios à regulamentação da LGPD e LGPD-Penal, o que pode gerar, com o vácuo legiferante, inúmeras novas interpretações sobre o ponto.

## CONCLUSÃO

Não se extrai do presente estudo que o tratamento de dados para os fins do art. 4º, inciso III, esteja sem controle ou amarras. Ao revés, a Constituição Federal, sobretudo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, assegura o direito à proteção dos dados pessoais irrestritamente, alçando-os à categoria de direitos e garantias fundamentais.

Em uma interpretação não restrita à hermenêutica do dispositivo em si, mas, a partir de uma análise de textos normativos de proteção de dados em mais de 20 países, utilizando-os como fontes de estudos juscomparativos, assim como dos entendimentos da Advocacia Geral da União e do Supremo Tribunal Federal, é possível dizer que a Lei Geral de Proteção de Dados afastou quase que por completo a sua aplicabilidade ao tratamento de dados realizado com fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

A própria designação de Comissão de Juristas pelo Presidente de Câmara dos Deputados e o reconhecimento na exposição de motivos que o tratamento de dados para os fins exclusivos das alíneas do inciso III, do art. 4º deve ser objeto de legislação específica, reforçam a ideia da inaplicabilidade da LGPD a esses temas.

Em contrapartida, o Anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados Penal, embrião da legislação especial suscitada pelo art. 4º §1º da LGPD, teve poucos avanços no processo legislativo e limita-se, até então, a regulamentar as hipóteses de inaplicabilidade das alíneas “a” e “d” do inciso III, do art. 4º. Se por um lado, andou bem ao dissociar a regulamentação de temas de natureza diversa, tratamento de dados em repressão de infrações penais e o manejo de informações em situações de defesa nacional e segurança do Estado, por outro deu aparência de cumprimento e exaurimento do comando de atuação legislativa determinado pela LGPD. Essa circunstância contribui para manter o carente arcabouço normativo das atividades que envolvem o essencial aparato de inteligência nacional.

De todo modo, constata-se que a interpretação do art. 4º, inciso III e §1º da LGPD que afasta a aplicabilidade de quase a totalidade da norma para o tratamento de dados realizado com fins exclusivos de segurança

pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais está alinhada com o arcabouço legislativo dos demais países.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 117.

ARGENTINA, *Lei nº 25.326, de 02 de novembro de 2000*. Ley de Protección de Los Datos Personales, Buenos Aires, nov, 2000. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25326-64790>. Acesso em: 13 de fev. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. Brasília: Saraiva, 2009. p. 167/168.

BRASIL, *Constituição Federal*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 de fev. de 2022.

BRASIL, *Departamento Nacional de Trânsito*. Portaria nº 15, de 19 de janeiro de 2016. Estabelece os procedimentos para o acesso aos dados dos sistemas e subsistemas informatizados do Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=315512>. Acesso em 22 de fev. 2022.

BRASIL, *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 12 de fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anteprojeto de Lei Geral de Proteção de Dados*. Câmara dos Deputados, abr 2016. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1457459&filename=Tramitacao-PL+5276/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1457459&filename=Tramitacao-PL+5276/2016). Acesso em: 22 de fev. de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anteprojeto de Lei Geral de Proteção de Dados Penal*. Câmara dos Deputados, nov 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/>



grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf. Acesso em: 12 de mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695*. Compartilhamento de dados pessoais pelo Serpro à ABIN. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343579920&ext=.pdf>. Acesso em: 12 de mar 2022.

CALIFORNIA, Estados Unidos. Lei nº 375, de 29 de julho de 2018. *Lei da Califórnia de Privacidade do Consumidor*. Disponível em: [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201720180AB375](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375). Acesso em: 26 de fev. 2022.

CHILE. Lei nº 19.628, de 26 de agosto de 1999. *Sobre Protección de La Vida Privada*. Santiago, ago 99. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>. Acesso em: 26 de fev. 2022.

COLOMBIA, *Lei estatutária nº 1581, de 18 de outubro de 2012*. Disposiciones Generales para La Protección de Datos Personales. Bogotá, DC, out, 2012. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1581\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html). Acesso em: 13 de fev. 2022.

COSTA RICA, Lei nº 8968, de 07 de julho de 2011. *Protección de La Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales*, San José, jul 2011. Disponível em: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70975&nValor3=85989). Acesso em: 19 de fev. 2022.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. *Portal G1 Economia – Tecnologia*, 20 de mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 26 de fev. 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 204.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 65.

MÉXICO, Lei s/nº, de 26 de janeiro de 2017. *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. Cidade do México, jan 2017. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>. Acesso em: 19 de fev. 2022.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. – 8ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2013.

PANAMÁ, Lei nº 81, de 29 de março de 2019. *Sobre Protección de Datos Personales*. Cidade do Panamá, mar 2019. Disponível em: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nNtzclv1Et4J:https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF\\_NORMAS/2010/2019/2019\\_645\\_3008.pdf+%&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:nNtzclv1Et4J:https://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_NORMAS/2010/2019/2019_645_3008.pdf+%&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 19 de fev. 2022.

PERU, Lei nº 29733, de 03 de julho de 2011. *Ley de Protección de Datos Personales*, Lima, jul 2011. Disponível em <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/243470-29733> Acesso em: 19 de fev. 2022.

REPÚBLICA DOMINICANA. Lei nº 172, de 15 de dezembro de 2013. *Ley Orgánica sobre Protección de Datos de Carácter Personal*. Santo Domingo, dez 2013. Disponível em: [https://indotel.gob.do/media/6200/ley\\_172\\_13.pdf](https://indotel.gob.do/media/6200/ley_172_13.pdf). Acesso em: 20 de fev. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 679 (EU), de 27 de abril de 2016. Parlamento Europeu. *General Data Protection Regulation*, Estrasburgo, Fr abr 2016 Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 26 de fev. 2022.

URUGUAI. Lei nº 18331, de 18 de agosto de 2008. *Protección de Datos Personales y Acción de Habeas Data*. Montevideu, ago 2008 Disponível em: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18331-2008> Acesso em: 20 de fev. 2022.

