

REVISTA DA AGU

Volume 24, número 2, Brasília-DF, junho 2025



Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 252538-X


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

REVISTA DA
AGU

Volume 24, número 2, Brasília-DF, junho 2025

revistaagu.agu.gov.br

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 24	n. 2	p. 1–254	Junho 2025
----------------	----------	--------------	-------	------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Víctor Nunes Leal

SIG – Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo

CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.

E-mail: eagu.avaliaditorial@agu.gov.br

© Advocacia-Geral da União – AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Flávio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Clarice Costa Calixto	Procuradora-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Main Venturini	Procuradora-Geral Federal
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor-Geral da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor-Geral da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu
Lohana Gregorim	Revisão de texto
Walbert Kuhne/Kamilla Souza	Diagramação/Capa

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-Geral da Escola Superior da AGU.

Doutor (*Summa Cum Laude*) e mestre pelo CEUB. Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Pós-Graduação.

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado da União.

EDITORA-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 ACADÉMICO – 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

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor visitante da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY

Pós-doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Ceará (UFC), em História do Direito e em Literatura pela Universidade de Brasília (UnB), em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Comparado na Universidade de Boston (BU, Estados Unidos). Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

ARTUR STAMFORD DA SILVA

Pós-doutorado pela Universidad Adolfo Ibàñez (UAI, Chile). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de graduação na Faculdade de Direito do Recife (FDR) e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos e da UFPE.

CARLA AMADO GOMES

Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO

Pós-doutorado pelo Center for Transnational Legal Studies (CTLs, Grã-Bretanha). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master in Science (MSc) pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (UC, Portugal). Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito da Universidade Estadual de Roraima (UERR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Pós-doutorado pela École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS, França) e pela Pace University (PACE, Estados Unidos). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor visitante integrante da diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE) da Pace University. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA e da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

JEFFERSON CARÚS GUEDES

Pós-doutorado em Teoria Literária pela Universidade De Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO

Doutor em Ciência Jurídico-Política pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da ULisboa.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO

Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Laws pela Harvard Law School (Estados Unidos). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LÊNIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor visitante da ULisboa, da Universidade Católica de Lisboa (UCP,

Portugal) e da Universidade de Coimbra (UC, Portugal).

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Pós-doutorado em Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa, Portugal). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Pernambuco.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Pós-doutorado pela Universidade de Frankfurt (Alemanha) e pela London School of Economics and Political Science (Inglaterra). Doutor em Direito pela Universidade de Bremen (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO

Pós-doutorado pelo Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Alemanha) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito pela PUCRS. Professora convidada da PUCRS e da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Advogada da União.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Pós-doutorado e doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt (Alemanha). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unifor. Procurador do Município de Fortaleza.

MONICA TERESA COSTA SOUSA

Pós-doutorado pela Universitat de València (UV, Espanha). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia (PVEX-CAPES, Espanha). Docente permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult) e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir). Coordenadora de Pesquisa e Pós-Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA).

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Processual da USAL.

PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO

Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Professor Titular de Direito Administrativo da USAL.

REGINA LINDEN RUARO

Pós-doutorado pelo Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU, Espanha). Doutora em Direito Universidad Complutense de Madrid (UCM, Espanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora titular da PUCRS. Professora visitante da Universidad (CEU, Espanha).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da USP.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE

Pós-doutorado pelo King's College London (Grã-Bretanha), pela New York University (NYU, Estados Unidos) e pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

PARECERISTAS

ADRIANA FERREIRA SERAFIM DE OLIVEIRA

Pós-doutorado em Educação – Políticas Públicas pela Universidade Estadual Paulista de Rio Claro (UNESP-RC), em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo e em Direito e Arte pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Educação pela UNESP-RC. Estágio doutoral na Espanha, em Psicologia Social com bolsa PDSE-CAPES na Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, com apoio da Facultad de Derecho. Mestra em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Especialista em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESP-SP). Bacharela em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Licenciada em Letras-Português pelo Centro Universitário Claretiano. Professora tutora EaD na Universidade Federal do ABC (UFABC) e Instituto Federal do Tocantins (IFTO).

ANDRE LUIZ TRAJANO DOS SANTOS

Doutor em Engenharia de Produção e Sistemas pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca (CEFET). Mestre em Gestão e Estratégia pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF), em Gestão em Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), em Educação Tecnológica pelo CEFET, em Educação Profissional e Tecnológica pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo (IFES). Bacharel em Administração pelo Centro Universitário da Cidade (UniverCidade). Servidor Público Federal.

ANGÉLICA PINHO MARTINS ROCHA

Doutora em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestra em Educação pela UFU. Graduada em Pedagogia pela UFU. Inspetora Escolar na Rede Municipal de Ensino. Tutora MEC Ensino a Distância. Professora Universitária.

CARMEN LUCIA SARMENTO PIMENTA

Pós-doutorado em Direito Marítimo pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha). Doutora em Direito Ambiental Internacional pela

Universidade Católica de Santos (UNISANTOS – bolsa CAPES). Mestra em Direito Internacional pela UNISANTOS. Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS, em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/UNIFAMMA e em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharela em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil (STBSB). Professora de pós-graduação em Direito Marítimo e do Mar da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Maritime Law Academy. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madrid/Espanha, da Aix-Marseille Université (França) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Juíza Suplente do Tribunal Marítimo.

CÉLIA REGINA FERRARI FAGANELLO

Pós-doutorado pela Université du Sud-Toulon (França). Doutora em Ecologia Aplicada e mestra em Ciências pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo (Esalq-USP). Bacharela em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e em Engenharia Agronômica pela Esalq-USP. Professora de Direito na Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB).

FELIPE WAQUIL FERRARO

Doutor e mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil pela PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e graduando em Filosofia pela PUCRS. Professor de graduação no Centro Universitário FADERGS. Professor de pós-graduação lato sensu (PUCRS, UNISINOS, UNIRITTER, FADERGS, IDC, entre outras).

IRAPUÁ BELTRÃO

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Master of Law - University of Connecticut (Estados Unidos). Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela UERJ. Professor de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), do Ibmec Rio, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da FGV, da Universidade Estácio

de Sá e da Escola Nacional de Seguros (ENS). Procurador Federal.

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos de Coimbra(IGC/CDH) da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada do Recife (FIR). Professor do Centro Universitário do Rio São Francisco (UniRios). Professor adjunto e docente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Justiça, Empresa e Sustentabilidade. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de São Caetano (FASC). Docente na pós-graduação lato sensu e extensão universitária em Direito Tributário da Fundação de Apoio à Universidade Municipal de São Caetano do Sul (FAUSCS) e na graduação em Direito da Faculdade Nove de Julho (FNJ).

JOAO PAULO ROCHA DE MIRANDA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (FESMP-MT) e Universidade de Cuiabá (UNIC). Especialista em Sociedade e Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e em Direito Ambiental pela Fundação Moore do Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e em Zootecnia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA).

JOÃO QUINELATO DE QUEIROZ

Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de

Capitais (IBMEC). Professor de Direito Civil da Graduação do IBMEC, da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pós-Graduação em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). É visiting researcher do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. É associado da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

JULIANA DINIZ FONSECA CORVINO

Pós-doutorado em Letras pela Universidade Federal de Viçosa (UFV) e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestra em Direito Universidade Gama Filho (UGF). Bacharela em Direito pela Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA). Licenciada em Letras Português e Literaturas de Língua Portuguesa pela UFV e em Pedagogia pela Unyleya. Especialista em Design Instrucional; Direito e Processo do Trabalho; Direito Civil Notáveis do Direito Civil; e Direito Médico. Docente do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASis) do INEP/MEC e Elaboradora de Itens para o Enade INEP/MEC na área de Língua Portuguesa e Literaturas. Docente na graduação tecnológica da FATEC SENAC RJ e na pós-graduação do SENAC RJ.

MAIKON CRISTIANO GLASENAPP

Pós-doutorado em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) e em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul (UNERJ). Professor da Faculdade Estácio de Jaraguá do Sul.

MARCELO LUIZ BEZERRA DA SILVA

Doutor em Educação para a Ciência pela Universidade Estadual Paulista em Bauru (UNESP-Bauru). Mestre em Ciências da Educação pelo Instituto Pedagógico Latino Americano y Caribenho (IPLAC-Cuba). Especialista em Direito do Estado pela Escola de Governança Pública do Estado do Pará (EGPa), em Educação e Informática pela Universidade Federal do Pará (UFPA), em Ensino Superior pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Educação Classe III na Secretaria de Estado de Educação do Estado do Pará (SEDUC). Bacharel

em Direito pela UNAMA. Licenciatura Plena em Pedagogia com habilitação em Magistério pela UEPa e em Pedagogia com habilitação em Educação Especial, na modalidade de Magistério para Deficientes Mentais, pela UEPa. Professor Adjunto I na UEPa, vinculado ao Departamento de Educação Especializada (DEES).

MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA

Doutora e mestra em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Bacharela em Ciências Contábeis pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação em Direito da UERJ, da Escola Superior de Advocacia RJ (ESA/OAB-RJ) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professora associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do PPGD/UFRJ.

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ

Pós-doutorado pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma “La Sapienza” (Itália). Mestra em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Diretora Acadêmica da Associação Paranaense de Direito Econômico (ADEPAR). Bacharela em Direito pela PUCPR. Professora da FAE Centro Universitário.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Administrativo pela UFPE. Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Professor da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco (FADE/UFPE) e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Procurador da Fazenda Nacional.

PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA

Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Possui Doutorado Sanduíche

(visiting scholar) no Departamento de Ciência Política da Universidade de Indiana (EUA) e Doutorado Sanduíche (visiting scholar) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (PT). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Direito Tributário e em Direito Constitucional pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Procurador do Município de Maceió (AL).

RENATA COSTA RAINHO

Doutora e Mestre em Direito pela UFMG, da linha de pesquisa Administração Pública e Desenvolvimento Estratégico. Visiting scholar (Doutorado Sanduíche) na The George Washington University Law School. Conselheira suplente no Conselho de Transparéncia Pública e Combate à Corrupção de Minas Gerais (CTCC), como membro da sociedade civil representante da área acadêmica. Líder Setorial Anticorrupção do Infra Women Brazil (IWB). Diretora Regional do IDASAN em Minas Gerais. Professora e advogada especializada em Direito Administrativo. Profissional certificada CCEP-I, CPC-A e CP3P-F.

SÉRGIO TORRES TEIXEIRA

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Bacharel em Direito pela Unicap. Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Professor Adjunto IV da UNICAP. Magistrado, atualmente atuando como Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6) de Pernambuco.

SONILDE KUGEL LAZZARIN

Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Human Rights Centre - Ius Gentium Conimbrigae (Coimbra, Portugal). Doutora, mestra e especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professora de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

**VICENTE DE PAULO AUGUSTO DE
OLIVEIRA JÚNIOR**

Pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Unifor. Mestre em Direito Constitucional das Relações Privadas pela Unifor. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela PUC Minas. Especialista em Gestão de Ensino à Distância pelo Centro Universitário SENAC (SENAC). Professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Fanor Wyden (UniFanor Wyden). Coordenador de curso do UniFanor Wyden, do Centro Universitário Favip Wyden (UniFavip Wyden), do Centro Universitário FBV (UniFBV Wyden), do Centro Universitário Metrocamp Wyden (UniMetrocamp Wyden) e do Centro Universitário Toledo Wyden (UniToledo Wyden). Professor de Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus). Professor NDE do Gran Centro Universitário.

AUTORES

CLAUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA

Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela UFSC. Juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

DENIS BERTAZZO WATASHI

Doutorando em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Geotecnia pela Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Gestão de Projetos pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da USP. Bacharel em Engenharia Civil pela Escola Politécnica da USP. Engenheiro civil da UFSC.

ERIK DÊNIO GOMES DE OLIVEIRA FILHO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela UFERSA.

FABIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Mestrado em Direito Privado do Centro Universitário 7 de Setembro (UNIT). Procurador Federal.

FERNANDA FERNADES MARCHIORI

Pós-doutorado pela CentraleSupélec/Université Paris-Saclay (França). Doutora em Engenharia de Construção Civil e Urbana pela Universidade de São Paulo

(USP). Mestra e bacharela em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Docente do Departamento de Engenharia Civil e do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

ISABELA NEVES SILVEIRA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Professora Associada de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Atualmente requisitada na AGU.

JAILSON ALVES NOGUEIRA

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Bacharel em Direito pela UERN. Professor efetivo do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Vice-coordenador e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFERSA.

JEFERSON SOUSA OLIVEIRA

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor na Graduação em Direito na Faculdade Nove de Julho (FNJ) e na Pós-Graduação Lato Sensu na Fundação de Apoio à Universidade Municipal de São Caetano (FAUSCS).

JEFERSON TEODOROVICZ

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutorado em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Gestão

Contábil e Tributária pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de graduação e mestrado da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JUNIOR

Pós-doutorado na Harvard Law School (Estados Unidos). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (PUC Minas). Professor adjunto III da PUC Minas.

JOSE EDUARDO DE LIMA VARGAS

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Procurador Federal.

JULIANA ALVES DE CARVALHO

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Internacional Signorelli (FISIG), em Direito do Estado pelo Instituto Universitário Cândido Mendes (IUCAM) e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Bacharela em Direito pela UPM. Professora de Direito na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Procuradora Municipal.

LISE BARROSO

Mestranda Centro Universitário 7 de Setembro (UNIT). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

LÍVIA CUNHA DE MENEZES

Doutoranda e mestra em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação

Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

MARCELA MODESTO FERMINO

Doutoranda em Educação, Conhecimento e Sociedade pela Universidade do Vale do Sapucaí (Univás). Mestra e bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

MARIA FERNANDA ROSA

Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharela em Direito pela FDSM.

MARTIANE JAQUES LA FLOR

Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos na Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direitos Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharela em Ciências Contábeis pela UFRGS e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

MAURIN ALMEIDA FALCÃO

Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris 11-Sud (França). Mestre em Administração Tributária pela Universidade de Paris IX-Dauphine (França). Aperfeiçoamento em Gestão das Finanças Públicas no Institut International d'Administration Publique/ENA (França). Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB). Professor do mestrado em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas.

MILA KOTHE

Mestranda em Políticas Públicas e Governo pela Escola de Políticas Públicas e Governo

da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV). MBA em Direito do Estado e da Regulação pela FGV (Brasília). Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Administrativo Disciplinar pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bacharela em Direito pela União Pioneira de Integração Social (UPIS) e em Ciências Políticas pela Universidade de Brasília (UnB). Procuradora da Fazenda Nacional.

PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA
Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade Clássica de Lisboa (Portugal). Doutor e mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (FDUSP). Livre-Docente em Direito do Trabalho pela FDUSP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) na FDUSP e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor da Graduação na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta em Jundiaí. Desembargador Federal do Trabalho (São Paulo).

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

Pós-doutorado em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Coordenador Científico e de Pós-Graduação da FDSM. Consultor da Capes

e do CNPq em avaliação de projetos na área do Direito.

SILVIA HELENA DE OLIVEIRA

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL).

TAINÁ VIANA

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito e Prática Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos).

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	16
ARTIGOS	
Avaliação de descontos de licitações de obras públicas: proposta metodológica para evitar o <i>winner's curse</i> <i>Discount evaluation in public works: methodological proposal to avoid winner's curse</i>	
Denis Bertazzo Watashi Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva Fernanda Fernandes Marchior.....	19
Theoria da <i>failing firm</i> defense e os atos de concentração no âmbito do cade <i>Theory failing firm defense and merger control at cade</i>	
Fábio Campelo Conrado de Holanda Lise Barroso.....	49
Cumprimento de medida socioeducativa de internação: uma permissão para estigmatizar adolescentes? <i>Compliance with socio-educational admission measure: a permission to stigmatize adolescents?</i>	
Jailson Alves Nogueira Erik Dénio Gomes de Oliveira Filho	69
O papel do sistema tributário e a influência das elites e dos grupos de pressão no financiamento de políticas públicas <i>The role of the tax system and the influence of elites and interest groups in the financing of public policies</i>	
Jeferson Teodorovicz Maurin Almeida Falcão Mila Kotbe	85
A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: entre a última palavra e os diálogos constitucionais <i>The jurisprudence of the brazilian supreme court: between the final word and constitutional dialogues</i>	
José Eduardo de Lima Vargas José Alfredo de Oliveira Baracho Junior.....	111
A importância do estado na promoção do desenvolvimento econômico <i>The importance of the state in promoting economic development</i>	
Juliana Alves de Carvalho Jeferson Sousa Oliveira.....	139

Saneamento básico em pauta: um estudo sobre a concessão de tutelas de urgência pelo tribunal de justiça de Minas Gerais <i>Basic sanitation on the agenda: a study on the granting of provisional urgency protection by the court of justice of Minas Gerais</i>	157
Lívia Cunha de Menezes Isabela Neves Silveira.....	
Administração pública e direitos fundamentais: uma revisão literária a partir do direito constitucional econômico <i>Public administration and fundamental rights: a literature review from the perspective of economic constitutional law</i>	
Maria Fernanda Rosa Rafael Lazzarotto Simioni.....	183
O greenwash e o direito à informação ambiental <i>Greenwash and the right to environmental information</i>	
Martiane Jaques La Flor Tainá Viana.....	209
A proteção dos direito de personalidade e intimidade dos empregados nos exames médicos do trabalho <i>The protection of employees' personality rights and intimacy in medical examinations at work</i>	
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira Marcela Modesto Fermino Silvia Helena de Oliveira.....	231

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem a satisfação de anunciar a publicação de novo número da Revista da AGU, composto por dez artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”, em conformidade com as diretrizes editoriais do periódico.

Em observância à ordem alfabética dos autores que contribuíram para esse número da Revista, a sequência de artigos é inaugurada pelo trabalho de Denis Watashi, Claudio Eduardo Silva e Fernanda Marchiori sobre o fenômeno conhecido como winner’s curse (maldição do vencedor), que se configura quando propostas com preços excessivamente baixos resultam em obras paralisadas ou abandonadas. A partir de sua investigação, os autores mencionados propõem um método para determinar descontos máximos admissíveis em licitações de obras públicas.

Fabio Holanda e Lise Barroso examinam a incorporação, ao ordenamento brasileiro, da Teoria da Failing Firm Defense, que propõe a concessão de tratamento jurídico especial às empresas em crise quanto à prática de atos de concentração tendentes a viabilizar a continuidade das suas atividades.

Em revisão de literatura a respeito do Direito da Criança e do Adolescente e da Doutrina da Proteção Integral, Jailson Nogueira e Erik Oliveira Filho constatam que a estigmatização de adolescentes pobres não é uma prática recente no Brasil, mas que possui raízes no período de escravidão das pessoas negras, passando pela Revolução Industrial e replicando-se nos Códigos de Menores de 1927 e 1979.

Em estudo de caso a respeito da Lei n. 14.057, de 2022, Jeferson Teodorovicz, Maurin Falcão e Mila Kothe discorrem sobre os aspectos estratégicos da tributação para o financiamento de políticas públicas. O trabalho revela como os grupos de interesse conseguem moldar a legislação tributária para obter benefícios, ao mesmo tempo em que se desvinculam de contribuições fiscais, o que exemplifica a dinâmica de poder e de perpetuação de desigualdades no sistema tributário.

José Eduardo Vargas e José Alfredo Baracho Junior analisam a absorção, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, das teorias do diálogo constitucional, que defendem a mitigação da supremacia judicial ao negarem a ideia de definitividade das decisões das cortes.

Juliana Carvalho e Jeferson Oliveira destacam o papel estratégico do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e na garantia

do equilíbrio entre interesses públicos e privados, sobretudo em áreas estratégicas, como é o caso dos financiamentos de projetos de inovação e infraestrutura.

Por meio da análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Lívia Menezes e Isabela Silveira propõem-se a compreender as práticas de aplicação do instituto da tutela provisória de urgência em causas que têm por objeto a prestação de serviços de saneamento básico.

Considerando a necessidade de adaptação das normas constitucionais às demandas contemporâneas de justiça social, Maria Fernanda Rosa e Rafael Simioni debatem a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Público. A título de conclusão, sustentam que a supremacia do interesse público não é absoluta, de modo que, em uma sociedade complexa, a mediação entre interesse público e privado deve ser realizada à luz dos direitos fundamentais.

Em busca de soluções jurídicas adequadas para lidar com a publicidade ambiental enganosa, também conhecida como marketing verde ou greenwashing, Martiane La Flor e Tainá Viana propõem a promoção de diálogo entre normas protetivas do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental.

Por fim, Paulo Oliveira, Marcela Fermino e Silvia Oliveira dissertam sobre a importância da proteção dos direitos da personalidade nos exames médicos do trabalho. Os autores ressaltam, dentre outros aspectos relevantes, a necessidade de garantia de sigilo a respeito do resultado dos exames realizados no ambiente laboral, de forma a preservar a intimidade do empregado, o qual mantém a condição de paciente diante do médico do trabalho.

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os artigos científicos ora descritos por meio de consulta à 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

Recebido: 14/08/2024

Aprovado: 04/11/2024

AVALIAÇÃO DE DESCONTOS DE LICITAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS: PROPOSTA METODOLÓGICA PARA EVITAR O *WINNER'S CURSE*

*DISCOUNT EVALUATION IN PUBLIC WORKS:
METHODOLOGICAL PROPOSAL TO AVOID
WINNER'S CURSE*

Denis Bertazzo Watashi¹

Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva²

Fernanda Fernandes Marchiori³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Fundamentos da análise de descontos em licitações. 1.1. O Equilíbrio econômico

¹ Doutorando em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Geotecnia pela Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Gestão de Projetos pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da USP. Bacharel em Engenharia Civil pela Escola Politécnica da USP. Engenheiro civil da UFSC.

² Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca (USAL, Espanha). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela UFSC. Juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

³ Pós-doutorado pela CentraleSupélec/Université Paris-Saclay (França). Doutora em Engenharia de Construção Civil e Urbana pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra e bacharela em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Docente do Departamento de Engenharia Civil e do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

nas contratações. 1.2. Inexequibilidade da proposta. 2. Coleta e análise estatística dos dados de licitações de obras públicas. 2.1. Coleta e tratamento de dados. 2.2. Abordagem teórica. 2.3. Procedimentos analíticos. 3. Método proposto: avaliação de descontos de licitações de obras públicas para evitar o *winner's curse*. 4. Aplicação do método proposto e determinação dos descontos máximos admissíveis. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), promulgada em 2021, introduziu critérios mais objetivos para evitar a contratação de obras públicas com preços inexequíveis. No entanto, a legislação ainda carece de diretrizes técnicas que considerem as particularidades de cada projeto, como a modalidade de licitação e o tipo de obra. Este artigo propõe um método para determinar descontos máximos admissíveis em licitações de obras públicas, com o objetivo de mitigar o fenômeno conhecido como *winner's curse* (maldição do vencedor), que ocorre quando propostas com preços excessivamente baixos resultam em obras paralisadas ou abandonadas. A análise foi realizada com base em dados de obras contratadas por universidades federais brasileiras, utilizando técnicas estatísticas, como a transformação Box-Cox e análise de agrupamento hierárquico, para normalizar os dados e identificar padrões. Os resultados demonstram que há correlação entre a modalidade de licitação e a magnitude dos descontos, mas não entre o desconto e a situação final da obra (concluída ou paralisada). Com base nesses achados, propõe-se um método analítico para calcular descontos máximos específicos para cada tipo de obra, considerando a eliminação de perdas de insumos e a otimização de custos. A metodologia apresentada é de fácil implementação, não requer o uso de softwares robustos e pode ser aplicada por gestores públicos para garantir a exequibilidade das propostas. Conclui-se que a adoção de limites de desconto determinísticos, sem considerar as características intrínsecas de cada projeto, não é a solução ideal. Em vez disso, a abordagem proposta oferece uma alternativa técnica e transparente para evitar a maldição do vencedor, contribuindo para a eficiência das contratações públicas e a sustentabilidade dos contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Nova Lei de Licitações e Contrato. Descontos. Obras públicas. *Winner's curse*. Inexequibilidade. Análise de agrupamento.

ABSTRACT: The New Law of Bidding and Contracts (NLBC), enacted in 2021, introduced more objective criteria to prevent the contracting

of public works at unfeasible prices. However, the legislation still lacks technical guidelines that consider the specificities of each project, such as the bidding modality and the type of work. This article proposes a methodology to determine maximum admissible discounts in public works bidding, aiming to mitigate the phenomenon known as the winner's curse, which occurs when excessively low bids result in stalled or abandoned projects. The analysis was based on data from works contracted by Brazilian federal universities, using statistical techniques such as the Box-Cox transformation and hierarchical clustering to normalize data and identify patterns. The results show a correlation between the bidding modality and the magnitude of discounts, but not between the discount and the final status of the work (completed or stalled). Based on these findings, an analytical method is proposed to calculate maximum discounts specific to each type of work, considering the elimination of input losses and cost optimization. The proposed methodology is easy to implement, does not require robust software, and can be applied by public managers to ensure the feasibility of bids. It is concluded that the adoption of deterministic discount limits, without considering the intrinsic characteristics of each project, is not the ideal solution. Instead, the proposed approach offers a technical and transparent alternative to avoid the winner's curse, contributing to the efficiency of public procurement and the sustainability of contracts.

KEYWORDS: New Law of Bidding and Contracts. Discounts. Public works. Winner's curse. Infeasibility. Cluster analysis.

INTRODUÇÃO

A Lei de Licitações n. 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC), consolida e reformula as regras de contratações públicas anteriormente estabelecidas nas Leis n. 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Entre as inovações introduzidas, destaca-se o artigo 59, § 4º, que estabelece um critério objetivo para a avaliação da exequibilidade de propostas em licitações de obras e serviços de engenharia: ofertas com valores inferiores a 75% do valor orçado pela Administração são consideradas inexequíveis. Embora esse critério evite descontos excessivos, ele não contempla as particularidades de cada contratação – como a modalidade de licitação e o tipo de obra (reforma ou obra nova).

O princípio constitucional da eficiência demanda que a Administração Pública adote práticas que garantam a sustentabilidade dos contratos e a maximização dos resultados em benefício da sociedade. Contudo, a imposição de limites de desconto determinísticos, sem levar em conta

as especificidades de cada projeto, pode resultar em obras paralisadas ou contratos descumpridos, configurando o fenômeno conhecido como “maldição do vencedor”, fenômeno em que licitantes oferecem preços agressivamente baixos, vencem a licitação, mas não possuem condições financeiras para executar a obra, resultando em paralisações, prejuízos e descumprimentos contratuais (Signor et al., 2020, p. 05020018).

O estudo de Decarolis (2014) evidenciou que a assimetria de informações e a competição excessiva por preços baixos são fatores determinantes para a ocorrência da denominada maldição do vencedor. Em face desse panorama, torna-se imperativo o desenvolvimento de métodos analíticos que possibilitem o estabelecimento de limites de desconto específicos para cada tipologia de obra, considerando variáveis intrínsecas aos projetos, tais como coeficientes de perdas, produtividade da mão de obra e outras particularidades relevantes.

Este trabalho aborda a problemática da maldição do vencedor em licitações de obras públicas e propõe um método analítico para a determinação de descontos máximos admissíveis, visando a mitigar seus efeitos. A análise fundamenta-se em dados de obras contratadas por universidades federais brasileiras, abrangendo distintas modalidades licitatórias e tipologias de obra. Foram empregadas técnicas estatísticas, como a transformação Box-Cox e a análise de agrupamento hierárquico, na busca por padrões e correlações entre os descontos aplicados e as variáveis investigadas. Os resultados obtidos indicam uma correlação entre a modalidade de licitação e a magnitude dos descontos ofertados. Contudo, não foi evidenciada uma relação estatisticamente significativa entre o percentual de desconto e a situação final da obra (concluída ou paralisada). Com base nesses achados, propõe-se o método analítico para calcular descontos máximos admissíveis, considerando a eliminação de perdas de insumos e a otimização de custos.

O artigo está estruturado da seguinte forma: inicialmente, discute-se a evolução do tratamento jurídico conferido à maldição do vencedor e sua relevância no contexto das contratações públicas. Em seguida, apresenta-se a análise dos dados e os resultados obtidos. Conclui-se com a proposição do método para o estabelecimento de limites técnicos de desconto, configurando uma contribuição para a eficiência e a sustentabilidade dos processos licitatórios de obras públicas.

1. FUNDAMENTOS DA ANÁLISE DE DESCONTOS EM LICITAÇÕES

A aquisição de bens e a contratação de obras e serviços no setor público são atividades cruciais para a implementação de políticas e a prestação de serviços essenciais à sociedade. A seleção do fornecedor,

portanto, exige uma análise minuciosa dos riscos, da capacidade técnica e da conformidade legal.

A carga regulatória excessiva, aliada à falta de clareza em diversos dispositivos legais, acarreta dificuldades significativas na interpretação e aplicação das normas, potencialmente comprometendo a eficiência das decisões em processos de contratação (Teixeira, 2024). Neste contexto, a discussão sobre a reforma gerencial do Estado, conforme defendida por Abrucio (2007), torna-se pertinente, especialmente ao enfatizar que a autonomia do gestor público está intrinsecamente ligada à disponibilização de instrumentos gerenciais capazes de proporcionar uma maior conscientização dos custos.

1.1. O equilíbrio econômico nas contratações

O procedimento licitatório, tradicionalmente concebido como instrumento prévio à celebração dos contratos administrativos, possui como finalidade precípua selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo a isonomia entre os licitantes (Justen Filho, 2021, p. 16; Niebuhr, 2024, p. 34). Concomitantemente à imposição constitucional da licitação como regra, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal confere especial relevância ao equilíbrio econômico-financeiro das contratações ao determinar a manutenção das “condições efetivas da proposta”.

Essa mesma preocupação motivou os doutrinadores franceses, ainda na primeira metade do século XX, a desenvolver a teoria da imprevisão, com o intuito de possibilitar o reequilíbrio contratual diante de fatos imprevisíveis ocorridos durante a execução do contrato (Rivero, 1981, p. 148). Tratando especificamente de empreitadas de obras públicas, já lecionava Marcello Caetano que fatos imprevistos e alheios à vontade das partes podem tornar a execução do contrato tão onerosa que seu cumprimento implicaria a ruína da parte. O caso imprevisto constitui, assim:

o fato estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias econômicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado (Caetano, 1977, p. 201).

No Direito brasileiro, tal situação já era tutelada pelo antigo diploma de licitações, o Decreto-Lei n. 2.300/1986, art. 55, II, ‘d’ e § 7º:

O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste,

entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento (Meirelles, 1987, p. 161).

As severas crises econômicas que atingiram o país nas décadas de 1980 e 1990 conferiram crescente destaque a esse princípio, culminando, com o advento do Plano Real, no reconhecimento expresso da necessidade da recomposição de preços nos contratos administrativos (Justen Filho, 2000, p. 409). Conforme leciona Caio Tácito,

em fases de inconstância na economia, sujeita a um clima de instabilidade constante que se processa de forma imprevisível, configura-se uma álea financeira extraordinária que demanda, como antídoto, a complementação do preço contratual de modo a preservar a justa remuneração prevista na base do contrato (Tácito, 2002, p. 1348).

A aplicação extensiva da doutrina de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem se revelado um tema controverso, gerando insegurança jurídica e resultando em descumprimentos, rompimentos contratuais, abandono de obras e frequentes judicializações (Carlin, 2007, p. 160). Nesse cenário, a título ilustrativo, destaca-se a análise realizada por Watashi et al. (2024) acerca do reequilíbrio econômico-financeiro em contratos públicos decorrente da pandemia da covid-19 – evento que impactou significativamente os setores público e privado. O referido estudo propõe um método destinado a evitar atrasos, abandono, elevação de custos e paralisação de obras, mitigando prejuízos mútuos e resguardando o interesse público. Embora inserida em contexto fático distinto, a proposta apresentada neste artigo caminha na mesma direção, buscando fornecer ferramentas para a gestão eficiente e a prevenção de litígios no âmbito das contratações de obras públicas.

1.2. Inexequibilidade da proposta

Em 2024, o Tribunal de Contas da União revelou que mais de 52% das obras contratadas estavam paralisadas, representando um montante de R\$ 29,36 bilhões em recursos inativos, que deixavam de gerar o retorno social esperado (Fiscobras, 2024, p. 34). Essa expressiva cifra de recursos públicos tem despertado o interesse de diversos pesquisadores que buscam compreender esse fenômeno e propor soluções, destacando-se, por exemplo, Paul R. Milgrom e Robert B. Wilson, vencedores do Prêmio Nobel de Economia de 2020, que chamam a atenção para a adoção de medidas voltadas à superação da “maldição do vencedor”.

O problema da inexequibilidade de propostas em licitações públicas não decorre necessariamente de má-fé por parte dos contratantes. Fatores como viés excessivo de otimismo, assimetria de informações, desconsideração de dificuldades executivas e subestimação de custos podem contribuir decisivamente para a ineficiência da contratação (Timm, 2019, p. 165). Adicionalmente, a limitação de margens de lucro e a falta de clareza sobre o que constitui uma remuneração justa representam desafios comuns em contratos administrativos. Quando os custos se elevam significativamente após a fase de licitação, sem a devida correção, a empresa contratada pode encontrar-se impossibilitada de absorver tais impactos, comprometendo a execução do contrato (Posner, 2007, p. 563). Propostas que, em razão dos fatores supracitados ou outros, não reúnem condições de execução, configuram violação ao princípio da eficiência, resultando em prejuízos para a administração pública, serviços de baixa qualidade, produtos defeituosos e obras inacabadas ou imprestáveis (Niebuhr, 2024, p. 795).

No contexto internacional, a preocupação com a inexequibilidade de propostas e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é amplamente reconhecida. A Diretiva 2014/24/UE da União Europeia, por exemplo, aborda modificações contratuais em seu art. 72, permitindo ajustes em casos de obras complementares ou circunstâncias imprevisíveis, desde que o valor das alterações não ultrapasse 50% do valor inicial do contrato. Essa disposição é semelhante ao art. 125 da Lei n. 14.133/2021 do Brasil, que também limita aditivos a 50% do valor inicial do contrato (especialmente em reformas, dada a incerteza do escopo dos trabalhos). Na Europa, países como Polônia, Itália, Suécia e Estônia adotam regulamentações que visam evitar propostas desequilibradas, permitindo que os licitantes justifiquem seus preços durante a fase de licitação (Polônia, 2004; Itália, 2016; Suécia, 2016; Estônia, 2017).

Na África, o Quênia também adota práticas semelhantes, com a Autoridade Reguladora de Aquisições Públicas (Kenya STD, 2021) reforçando a necessidade de equilíbrio e transparência nas licitações. Esses exemplos demonstram que a preocupação com a inexequibilidade de propostas e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é uma questão global, com diversos países adotando medidas para evitar contratos desvantajosos.

No Oriente Médio, a legislação de países como Sudão, Jordânia, Líbano e Egito também trata da rejeição de propostas com preços anormalmente baixos. Por exemplo, o art. 26 da Lei de Aquisições do Sudão (2010) e o art. 13 do Regulamento de Aquisições da Jordânia (2022) preveem a desclassificação de propostas consideradas inexequíveis. No Egito, a Lei n. 182/2018 autoriza a comparação com outros preços

ofertados, em linha com o art. 48 da antiga Lei de Licitações brasileira, a Lei n. 8.666/1993.

No Brasil, a Lei n. 14.133/2021 (NLLC) estabelece, em seu art. 59, III, que a insuficiência da remuneração pretendida pelo licitante para a execução do objeto contratual acarreta a inexequibilidade da proposta. No entanto, como destacado por Justen Filho (2021), a dificuldade reside em estabelecer limites claros entre propostas vantajosas (preço reduzido) e propostas inexequíveis (valor insuficiente):

É muito problemático – inclusive para os próprios particulares – determinar com exatidão o limite da exequibilidade. A formulação da proposta envolve estimativas, que se fundamentam em projeções quanto aos encargos diretos e indiretos. Para obter a vitória na licitação, o particular poderá reduzir ao mínimo as suas estimativas de custos. Isso poderá conduzir a propostas muito vantajosas, sem que exista uma determinação abstrata que seja precisa e exata relativamente ao limite de exequibilidade (Justen Filho, 2021, p. 724).

O processo licitatório não está isento de riscos, mas há alguns que podem ser mitigados. A competição entre proponentes imposta por lei por meio da realização de licitação de obras estimula que cada empresa, individualmente, avalie os riscos com base em sua expertise, permitindo oferecer o melhor preço ao planejar etapas e levantar custos de maneira mais eficiente do que os demais concorrentes.

Joel Niebuhr destaca a importância de um prévio e criterioso levantamento de preços para o melhor cumprimento do dispositivo, com a desclassificação dos preços inexequíveis ou acima do orçamento estimado:

sente-se a relevância da pesquisa de preços que leva ao orçamento estimado, porque ele estabelece baliza máxima para os preços a serem ofertados em licitação pública. Assim, o orçamento estimado que transita em valores muito baixos, inferiores aos praticados no mercado, pode importar no fracasso da licitação pública, porque inviabiliza o oferecimento de propostas pelos interessados (Niebuhr, 2024, p. 493).

O autor salienta ainda que a Administração não está proibida de realizar um ótimo negócio (Niebuhr, 2024, p. 796). Portanto, antes de eliminar uma proposta por considerá-la inexequível, cada caso deve ser analisado criteriosamente para verificar as razões do preço reduzido. Nesse sentido, a legislação determina que a administração realize “diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada” (art. 59, § 2º, da Lei n. 14.133/2021). Esse mesmo entendimento é corroborado,

por exemplo, nos Acórdãos n. 465/2024-TCU-Plenário e 214/2025-TCU-Plenário. Logicamente, a expectativa é de que o melhor preço provenha da empresa mais capaz, com métodos otimizados, equipes eficazes, que tenha avaliado e compensado adequadamente os riscos do empreendimento em suas especificações. Entretanto, na prática, o que ocorre é a presença de licitantes oferecendo descontos agressivos com margens financeiras apertadas ao competir pelo menor preço (Kagel; Levin, 1986; Brasil, 2013; Signor et al., 2016). Esse fenômeno traduz-se em obras paralisadas, processos de falência e rescisões contratuais, com tendência a aumentar sua frequência caso não se adotem medidas adequadas de mitigação de riscos.

Uma medida mencionada por Azman (2016), alinhada com a proposta deste trabalho, é o método de escolha do vencedor ou o estabelecimento de limites de descontos na licitação. O autor propõe um método intitulado “*Average Bid Auction*” (Leilão de Média de Lances), que, em linhas gerais, determina o vencedor, não pelo preço mais baixo, mas pelo que se aproxima mais da média das propostas. Esse dispositivo visa minimizar a possibilidade de ocorrência da maldição do vencedor, embora reduza a concorrência ao uniformizar as propostas.

Um dispositivo semelhante existe na Lei n. 8.666/93, mas, naquele caso, o limite de inexequibilidade aumenta conforme o maior número de propostas com valores baixos, o que acaba estimulando a probabilidade de ocorrência do problema. Com o olhar voltado para essa dificuldade, Rafael Henrique Fortunato explica a alteração nos percentuais e na forma de cálculo para que se considere a inexequibilidade na Nova Lei de Licitações, com aplicação a todas as modalidades de contratação, e não apenas naquelas relativas a obras e serviços de engenharia:

Há diferenças no tratamento dado pela nova lei em relação ao previsto anteriormente na lei n. 8.666/93. As disposições normativas atuais modificam alguns aspectos da disciplina de desclassificação da proposta por irrisoriedade do preço ofertado pelo licitante. Na lei anterior, havia previsão de que, nas licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, a aferição da exequibilidade das propostas deveria considerar o menor valor entre (i) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração ou (ii) valor orçado pela administração. Sobre o menor valor dos valores incidiria o percentual de 70%. A nova lei alterou os parâmetros objetivos de análise da inexequibilidade, especialmente para os casos de obras e serviços de engenharia e arquitetura. A nova disciplina suprimiu o critério da média aritmética das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração. O atual diploma normativo considera inexequível (sic) as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela

Administração, elevando, assim, o anterior limite de 70% (Fortunato, 2024, p. 808).

Outros autores, como Hahn e Seaman (2009), Ahmed et al. (2016) e Hanák e Serrat (2018), também mencionam que o estabelecimento adequado de limites de descontos na licitação pode ser uma forma de evitar a maldição do vencedor, com a eliminação daquelas propostas inexequíveis por gerarem mais obrigações do que benefícios ao proponente, estando, portanto, desprovidas de condições de execução (Niebuhr, 2024, p. 795).

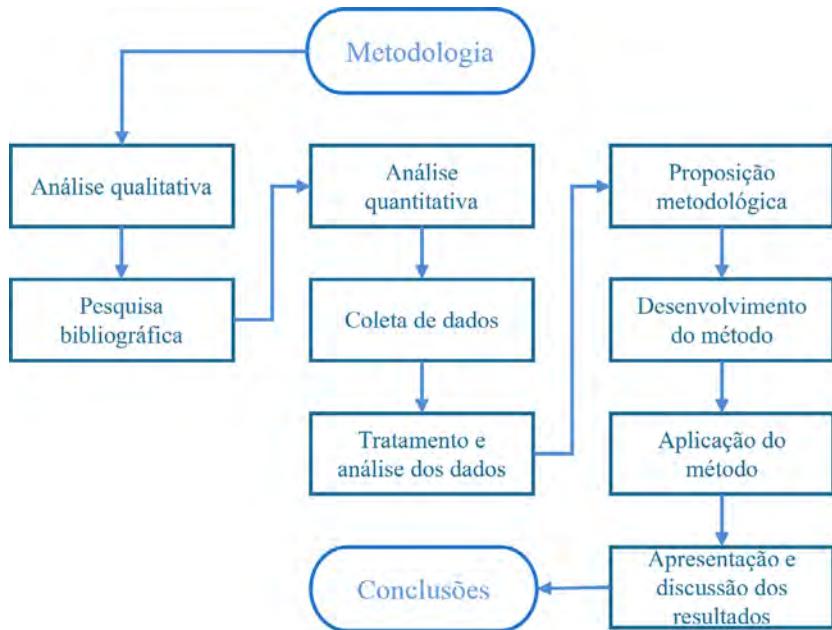
2. COLETA E ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS DADOS DE LICITAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS

A presente pesquisa adota abordagem exploratória, de natureza qualitativa e quantitativa, com a aplicação de técnicas estatísticas de análise de agrupamento (*cluster analysis*). Seu objetivo é identificar padrões entre a modalidade de licitação, os percentuais de desconto ofertados e a situação atual da obra (paralisada ou concluída), utilizando os resultados obtidos como fundamento para a proposição de um método autoral de análise técnica dos descontos. O desenvolvimento da pesquisa foi estruturado em três etapas principais:

1. Análise qualitativa: consistiu na revisão bibliográfica nacional e internacional, com o objetivo de sistematizar os principais conceitos envolvidos e comparar as práticas licitatórias brasileiras com as adotadas em outros países, evidenciando a relevância da lacuna identificada.
2. Análise quantitativa: envolveu a coleta, o tratamento e a análise estatística dos dados. Nessa etapa, são apresentadas as justificativas para a escolha das técnicas estatísticas empregadas, bem como os resultados obtidos, os quais reforçam, sob o prisma empírico, a pertinência da lacuna anteriormente delineada.
3. Proposição metodológica: com os fundamentos teóricos e empíricos devidamente estabelecidos, a pesquisa avança para a formulação de um método próprio voltado à análise técnica dos descontos em licitações públicas. Nessa fase, o método é detalhadamente exposto, aplicado a um caso teórico e seus resultados são discutidos, destacando-se os benefícios e as limitações identificadas.

A Figura 1 a seguir apresenta, de forma esquemática, as etapas da pesquisa.

Figura 1 – Fluxo da pesquisa



Fonte: elaborado pelos autores.

2.1. Coleta e Tratamento de Dados

Os dados analisados são oriundos do banco de dados de obras de todas as universidades federais brasileiras, obtidos por meio do Sistema Integrado de Monitoramento e Controle (SIMEC), no período de janeiro de 2014 a abril de 2022. A Figura 2 apresenta a distribuição do número total de registros, que somam 6.012, obtidos para cada região do Brasil.

Figura 2 – Quantidade de registros de obra por região



Fonte: elaborado pelos autores.

Para a condução deste estudo, foram considerados exclusivamente os registros de obras que possuíam informações completas, com data de assinatura do contrato posterior a 2014, e que se encontravam nas situações de “obra concluída” ou “obra paralisada”. A escolha do ano de 2014 como ponto de referência se fundamenta na entrada em vigor da obrigatoriedade da padronização de orçamentos públicos por meio do Sistema Nacional de Preços e Índices para a Construção Civil (SINAPI), conforme estabelecido pelo Decreto n. 7983/2013. Dessa forma, dos 6.012 registros inicialmente levantados, restaram 958 registros para análise.

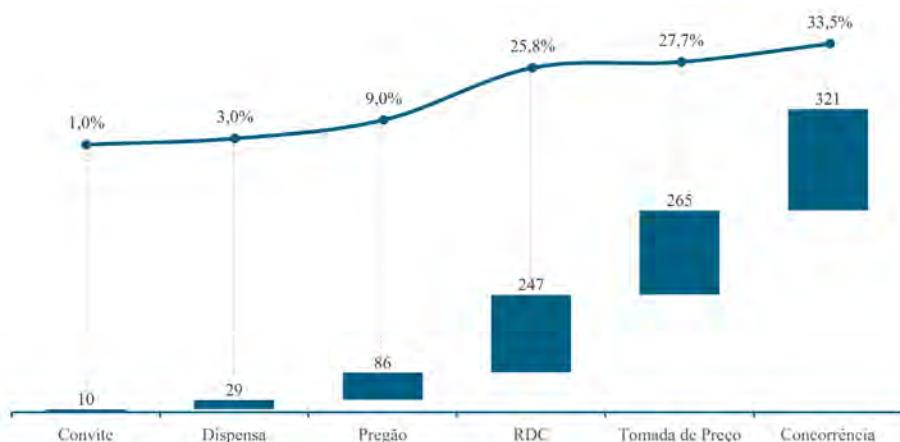
Na Figura 3, está apresentada a quantidade de registros de obras paralisadas, em comparação com as obras concluídas. Por sua vez, a Figura 4 apresenta o número de registros para cada tipo de modalidade de licitação (convite, pregão, regime diferenciado de contratações, tomada de preços e concorrência), incluindo as dispensas de licitação.

Figura 3 – Quantidade e percentual relativo de obras paradas e obras concluídas



Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 4 – Número de registros por modalidade de licitação



Fonte: elaborado pelos autores.

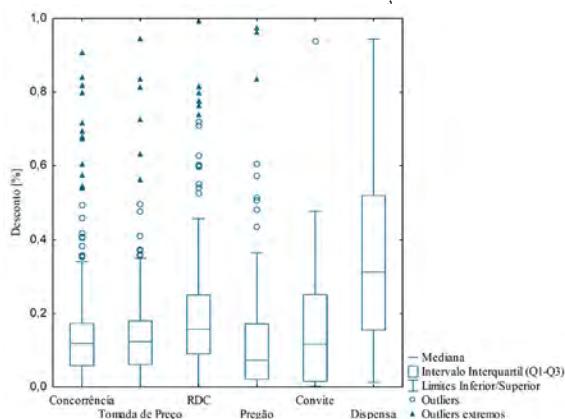
2.2. Abordagem Teórica

O método adotado consistiu na aplicação de uma análise estatística por meio de estudos de agrupamento (cluster analysis). A escolha dessa técnica se justifica por sua capacidade de identificar padrões e correlações em conjuntos de dados complexos, como demonstrado por Jain, Murty e Flynn (1999, p. 255), especialmente em análises exploratórias voltadas à compreensão de relações não evidentes entre variáveis, como a modalidade de licitação e a magnitude dos descontos em contratos de obras públicas. Ao organizar os dados em grupos homogêneos, o método busca maximizar a similaridade dentro dos grupos e a dissimilaridade entre eles, proporcionando uma análise robusta, objetiva e metodologicamente consistente (Everitt et al., 2011, p. 112).

2.3. Procedimentos analíticos

A Figura 5 e a Tabela 1 apresentam os resultados da análise estatística dos dados. Com base nessas informações, conclui-se que as modalidades de licitação do tipo convite e dispensa de licitação apresentam comportamentos distintos em relação às demais modalidades, evidenciados pela maior assimetria dos dados em ambos os casos. No que se refere à modalidade convite, destaca-se um intervalo interquartil maior, mas com médias próximas às das outras modalidades. Por outro lado, na modalidade dispensa de licitação, observa-se uma média mais elevada e um intervalo interquartil menor quando comparado às demais modalidades de licitação.

Figura 5 – Diagramas de caixa (*box-plot*) dos descontos obtidos por modalidade de licitação



Fonte: elaborado pelos autores.

Antes de iniciar a análise de agrupamento, realizou-se uma avaliação da normalidade dos dados. A distribuição dos descontos apresentou assimetria significativa, conforme evidenciado nos histogramas e gráficos de probabilidade normal (Figura 6). Para mitigar esse problema, optou-se pela aplicação da transformação Box-Cox, técnica amplamente utilizada para normalizar dados não paramétricos (Box; Cox, 1964). A transformação é definida pela função:

$$y(\lambda) = \begin{cases} \frac{y^\lambda - 1}{\lambda}, & \text{se } \lambda \neq 0 \\ \ln(y), & \text{se } \lambda = 0 \end{cases}$$

Onde:

y : valor original da variável (desconto);

λ : parâmetro de transformação, estimado para maximizar a log-verossimilhança⁴ dos dados transformados.

Tabela 1 – Estatística descritiva dos descontos por modalidade de licitação

	Média	Mínimo	Máximo	Variância
Concorrência	17,5%	0,0%	99,3%	3,4%
Convite	14,3%	0,2%	56,3%	3,4%
Dispensa	23,7%	0,2%	80,0%	3,6%
Pregão	14,7%	0,2%	83,5%	1,8%
RDC	15,9%	0,0%	94,5%	2,2%
Tomada de Preço	15,2%	0,0%	96,2%	2,5%

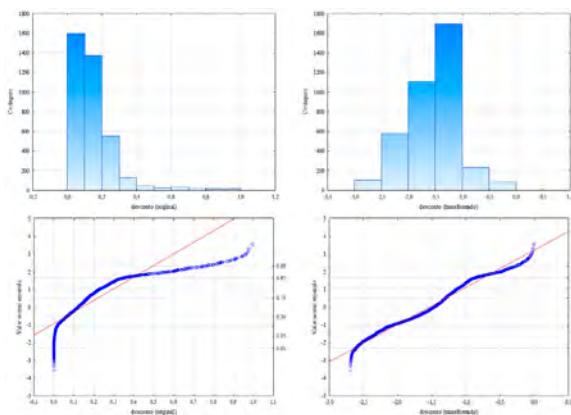
Fonte: elaborado pelos autores.

A escolha dessa transformação justifica-se por sua capacidade de estabilizar a variância e aproximar a distribuição dos dados à normalidade, requisito essencial para técnicas estatísticas paramétricas, como a análise de agrupamento hierárquico (Osborne, 2010, p.3).

No presente estudo, o valor ótimo de λ foi determinado por meio de algoritmos de maximização, resultando em uma distribuição transformada adequada para a aplicação de métodos de agrupamento (Figura 5, à direita). Essa etapa foi crítica para garantir a validade dos resultados, uma vez que a distorção inicial dos dados poderia enviesar a formação dos grupos.

⁴ Medida de quão bem um modelo explica os dados observados.

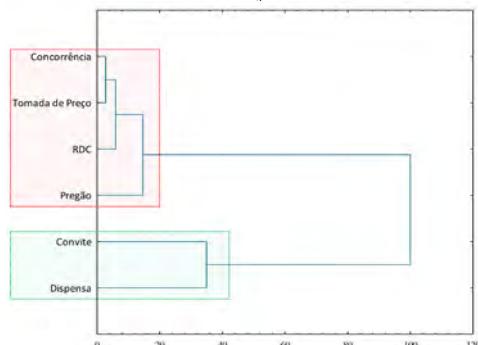
Figura 6 – Histogramas e Gráfico de probabilidade normal para a variável “desconto” – à esquerda variável original; à direita, variável transformada



Fonte: elaborado pelos autores.

O método adotado foi o do vizinho mais distante (complete linkage), utilizando distâncias euclidianas por gerarem menores distorções nos resultados. O complete linkage é uma técnica de agrupamento que define a distância entre grupos com base na maior distância entre seus elementos, o que ajuda a identificar padrões claros e distintos nos dados. O dendrograma final pode ser observado na Figura 7, evidenciando que a dispensa de licitação e a modalidade convite apresentam comportamentos distintos das demais modalidades. Isso é perceptível ao formarem um grupo entre si (linha tracejada verde), o que corrobora a hipótese inicial após a interpretação da estatística descritiva.

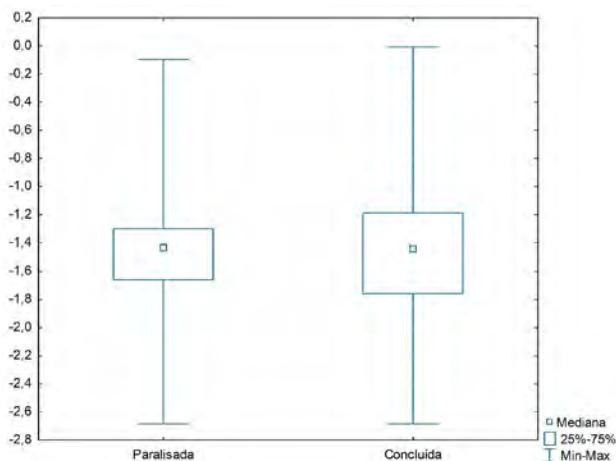
Figura 7 – Dendrograma da variável desconto por tipo de modalidade de licitação



Fonte: elaborado pelos autores.

Finalmente, todos os descontos foram agrupados de acordo com a situação da obra (paralisada ou concluída), com o objetivo de identificar se a situação final da obra teria alguma correlação com a magnitude dos descontos ofertados. A ANOVA (*Analysis of Variance*), uma técnica estatística que compara as variâncias entre grupos para verificar se há diferenças significativas, foi utilizada para essa análise. Os resultados revelam que a variância dos dados não apresenta diferença significativa, conforme corroborado pela ANOVA, com um p-value de 0,94, em um intervalo de confiança de 95%. Ou seja, como o p-value é maior do que 0,05, rejeitamos a hipótese inicial de que há uma correlação significativa entre a magnitude dos descontos e a situação da obra (paralisada ou concluída), com uma confiabilidade de 95%. Tal fato é evidenciado graficamente na Figura 8, em que é possível observar uma aparente homogeneidade nas variâncias. Isso indica que não é possível estabelecer qualquer correlação entre a magnitude dos descontos e a situação da obra, reforçando a hipótese de que o desconto máximo deve ser avaliado caso a caso e não estar sujeito a um limite máximo arbitrário e determinístico.

Figura 8 – Gráfico de caixa gerado após a análise de agrupamento considerando a situação da obra

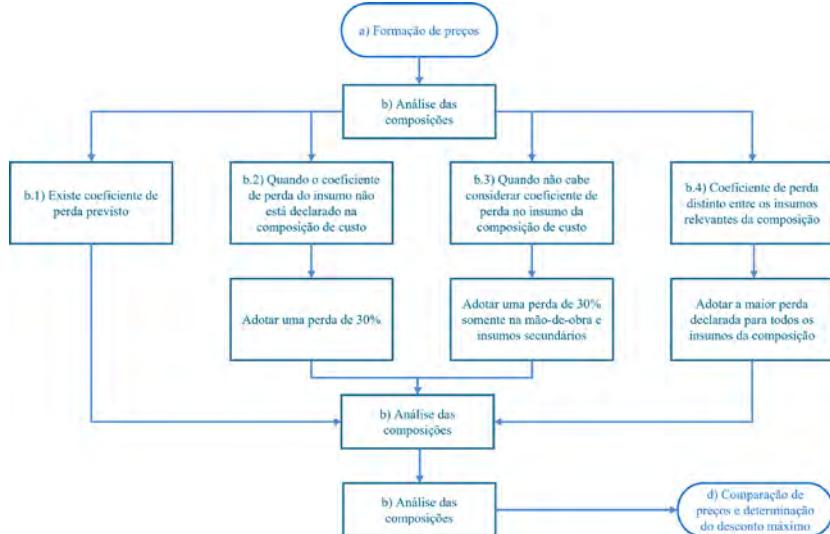


Fonte: elaborado pelos autores.

3. MÉTODO PROPOSTO: AVALIAÇÃO DE DESCONTOS DE LICITAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS PARA EVITAR O WINNER'S CURSE

O fluxograma apresentado na Figura 9 resume a proposta do método para se estabelecer o desconto máximo em licitações de obras públicas:

Figura 9 – Fluxograma do método proposto



Fonte: elaborado pelos autores.

a) Início – formação de preços

A primeira etapa do método consiste na elaboração do orçamento da obra, em conformidade com o Decreto n. 7.983/2013 e demais normas vigentes relacionadas à formação de preços para obras públicas. Essa etapa é fundamental para garantir que o orçamento reflita as diretrizes legais e técnicas necessárias para a execução do projeto.

b) Análise das composições

A segunda etapa envolve a eliminação das perdas nos insumos, pressupondo que todo o material adquirido será utilizado integralmente, sem desperdícios. Essa idealização cria um cenário de eficiência total, com 100% de aproveitamento dos recursos, o que resulta na otimização completa do custo final da obra. Essa etapa deve ser aplicada a todas as composições do orçamento, e, durante sua execução, podem surgir quatro situações distintas:

b.1) Existe coeficiente de perda previsto

Em casos em que o principal insumo apresenta um coeficiente de consumo superior a 1, como na composição 103675 do SINAPI (Abr/22), referente à concretagem de vigas e lajes, cujo coeficiente de perda é de 10,3%

(Figura 10), todos os insumos devem ter seus coeficientes de consumo ou produtividade ajustados. Para isso, os coeficientes são divididos por 1,103, como ilustrado na Figura 11, que demonstra a composição ajustada após o procedimento.

Figura 10 – Composição 103675/SINAPI (Abr/22) sem modificação

103675	SERVIÇO:	CONCRETAGEM DE VIGAS E LAJES, FCK=25 MPa, PARA LAJES MACIÇAS OU NERVURADAS COM USO DE BOMBA - LANÇAMENTO, ADENSAMENTO E ACABAMENTO, AF_02/2022								UNIDADE:	M3	
CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)	CUSTO TOTAL (R\$)			
INSU	1527	CONCRETO USINADO BOMEAVENT, CLASSE DE RESISTENCIA C25, COM BRITA 0 E 1, SLUMP = 100 +/- 20 MM, INCLUI SERVICO DE BOMBEAMENTO (NBR 8953)	M3	CR	1,103	-	484,16	534,03	-	-	534,03	
COMP	88262	CARPINTERO DE FORMAS COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,125	24,66	3,08	3,23	0,40	-	-	3,49
COMP	88309	PEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,753	24,07	18,12	3,35	2,52	-	-	20,65
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,826	17,17	14,18	3,23	2,67	-	-	16,85
COMP	90586	VIBRADOR DE MERSÃO, DIÂMETRO DE PONTEIRA 45MM, MOTOR ELÉTRICO TRIFÁSICO POTÊNCIA DE 2 CV - CHP DIURNO, AF_06/2015	CHP		0,120	-	-	-	-	1,26	0,15	0,15
COMP	90587	VIBRADOR DE MERSÃO, DIÂMETRO DE PONTEIRA 45MM, MOTOR ELÉTRICO TRIFÁSICO POTÊNCIA DE 2 CV - CHI DIURNO, AF_06/2015	CHI		0,131	-	-	-	-	0,53	0,07	0,07
		TOTAIS:	R\$ 0,00 H		R\$ 35,39	R\$ 539,62	R\$ 0,22	R\$ 575,23				

FONTE: SINAPI

MÃO DE OBRA: SINAPI - ABR/22 MATERIAIS: SINAPI - ABR/22

Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 11 – Composição 103675/SINAPI modificada

103675	SERVIÇO:	CONCRETAGEM DE VIGAS E LAJES, FCK=25 MPa, PARA LAJES MACIÇAS OU NERVURADAS COM USO DE BOMBA - LANÇAMENTO, ADENSAMENTO E ACABAMENTO, AF_02/2022								UNIDADE:	M3	
CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)	CUSTO TOTAL (R\$)			
INSU	1527	CONCRETO USINADO BOMEAVENT, CLASSE DE RESISTENCIA C25, COM BRITA 0 E 1, SLUMP = 100 +/- 20 MM, INCLUI SERVICO DE BOMBEAMENTO (NBR 8953)	M3	CR	1,000	-	484,16	484,16	-	-	484,16	
COMP	88262	CARPINTERO DE FORMAS COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,113	24,66	2,79	3,23	0,37	-	-	3,16
COMP	88309	PEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,683	24,07	16,43	3,35	2,29	-	-	18,72
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,749	17,17	12,86	3,23	2,42	-	-	15,28
COMP	90586	VIBRADOR DE MERSÃO, DIÂMETRO DE PONTEIRA 45MM, MOTOR ELÉTRICO TRIFÁSICO POTÊNCIA DE 2 CV - CHP DIURNO, AF_06/2015	CHP		0,109	-	-	-	-	1,26	0,14	0,14
COMP	90587	VIBRADOR DE MERSÃO, DIÂMETRO DE PONTEIRA 45MM, MOTOR ELÉTRICO TRIFÁSICO POTÊNCIA DE 2 CV - CHI DIURNO, AF_06/2015	CHI		0,119	-	-	-	-	0,53	0,06	0,06
		TOTAIS:	R\$ 0,00 H		R\$ 32,08	R\$ 489,23	R\$ 0,20	R\$ 521,52				

Fonte: elaborado pelos autores.

b.2) Quando o coeficiente de perda do insumo não está declarado na composição de custo

Essa situação é comum em serviços que envolvem exclusivamente mão de obra como insumo, como na composição 98524 do SINAPI (Abr/22), referente à limpeza de vegetação em terreno. Nesses casos, a determinação precisa das perdas é complexa, uma vez que a composição e os insumos estão expressos em unidades distintas (metro quadrado x hora, por exemplo). Além disso, a produtividade da mão de obra é influenciada por diversos fatores, como condições climáticas, interferências externas, perícia dos trabalhadores, etapa da obra e tipo de serviço executado, entre outros. Essas dificuldades são amplamente discutidas em estudos como os de Souza (2005) e Souza (2006). Diante dessa complexidade, e com o objetivo de simplificar a análise, sem perder a objetividade do método, optou-se por arbitrar uma perda de 30%. Esse valor está 5% acima do limite de exequibilidade estabelecido

pela Lei n. 14.133/2021 e equivale ao limiar definido pela Lei n. 8.666/93. A Figura 12 apresenta a composição original, enquanto a Figura 13 mostra a composição ajustada, desconsiderando as perdas.

Figura 12 – Composição 98524/SINAPI (Abr/22) sem modificação

98524 SERVIÇO: LIMPEZA MANUAL DE VEGETAÇÃO EM TERRENO COM ENXADADA_AF_05/2018									UNIDADE:		M2	
CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)	CUSTO	TOTAL (R\$)		
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,072	17,17	1,23	3,23	0,23	-	-	1,46
COMP	88441	JARDINEIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,072	17,37	1,25	3,35	0,24	-	-	1,49
TOTALS:						R\$ 2,48	R\$ 0,47	R\$ -		R\$ 2,95		
FONTEs:		SINAPI	0,00 H			MÃO DE OBRA: SINAPI - ABR/22	MATERIAIS: SINAPI - ABR/22					

Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 13 – Composição 98524/SINAPI modificada

98524 SERVIÇO: LIMPEZA MANUAL DE VEGETAÇÃO EM TERRENO COM ENXADADA_AF_05/2018									UNIDADE:		M2	
CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)	CUSTO	TOTAL (R\$)		
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,055	17,17	0,95	3,23	0,18	-	-	1,13
COMP	88441	JARDINEIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,055	17,37	0,96	3,35	0,19	-	-	1,14
TOTALS:						R\$ 1,91	R\$ 0,36	R\$ -		R\$ 2,27		
FONTEs:		SINAPI	0,00 H			MÃO DE OBRA: SINAPI - ABR/22	MATERIAIS: SINAPI - ABR/22					

Fonte: elaborado pelos autores.

b.3) Quando não cabe considerar o coeficiente de perda no insumo da composição de custo

Essa situação é comum na execução de serviços quantificados em unidades, como peças hidráulicas (conexões) ou elétricas (luminárias, postes etc.), ou, ainda, no caso de aço entregue na obra já cortado e dobrado, conforme o projeto estrutural. Nesses casos, para o insumo principal, o coeficiente de consumo igual a 1 é mantido; já para os demais insumos da composição, adota-se um coeficiente de perda de 30%, conforme o mesmo raciocínio empregado na alínea b2. Um exemplo é a composição 92917 do SINAPI (Abr/22), referente à armação de estruturas, representada na Figura 14. A Figura 15 mostra a mesma composição após as alterações sugeridas.

Figura 14 – Composição 92917/SINAPI (Abr/22) sem modificação

92917 SERVIÇO: ARMAÇÃO DE ESTRUTURAS DIVERSAS DE CONCRETO ARMADO, EXCETO VIGAS, PILARES, LAJES E FUNDAÇÕES, UTILIZANDO AÇO CA-50 DE 8,0 MM - MONTAGEM_AF_06/2022									UNIDADE:		KG	
CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)	CUSTO	TOTAL (R\$)		
INSU	39017	ESPACADOR / DISTANCIADE CIRCULAR COM ENTRADA LATERAL, EM PLÁSTICO, PARA VERGALHAO "4,2 A 12,5" MM, COBERTURA 20 MM	UN	CR	0,743	-	-	0,17	0,13	-	-	0,13
INSU	43132	ARAME RECIDIDO 16 BWG, Ø = 1,65 MM (0,016 KG/M) OU 18 BWG, Ø = 1,25 MM (0,01 KG/M)	KG	CR	0,025	-	-	28,00	0,70	-	-	0,70
COMP	88238	AUXILIANTE DE ARMADOR COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,017	15,89	0,26	3,35	0,06	-	-	0,32
COMP	88245	ARMADOR COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,102	23,89	2,42	3,35	0,34	-	-	2,76
COMP	92802	CORTE E DOBRA DE AÇO CA-50, DIÂMETRO DE 8,0 MM, UTILIZADO EM LAJE_AF_12/2015	KG		1,000	0,41	0,41	11,39	11,39	-	-	11,80
TOTALS:						R\$ 3,10	R\$ 12,61	R\$ -		R\$ 15,71		
FONTEs:		SINAPI	0,00 H			MÃO DE OBRA: SINAPI - ABR/22	MATERIAIS: SINAPI - ABR/22					

Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 15 – Composição 92917/SINAPI modificada

92917	SERVIÇO:	ARMAÇÃO DE ESTRUTURAS DIVERSAS DE CONCRETO ARMADO, EXCETO VIGAS, PILARES, LAJAS E FUNDações, UTILIZANDO AÇO CA-50 DE 8,0 MM - MONTAGEM; AF_06/2022							UNIDADE:	KG			
		CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA [R\$]	MATERIAIS [R\$]	EQUIPAMENTOS [R\$]			
							UNITÁRIO	TOTAL	UNITÁRIO	TOTAL	CUSTO TOTAL [R\$]		
INSU	39017	ESPACADOR / DISTANCADOR CIRCULAR COM ENTRADA LATERAL EM PLÁSTICO, PARA VERGALHÃO *6,2 X 12,5* MM, CORINTHIANO 20 MM, ARAME RECOUDIDO 16 BWG, Ø = 1,65 MM [0,016 KG/M] OU 18 BWG, Ø = 1,25 MM [0,012 KG/M]	UN	CR	0,572		-	-	0,17	0,10	-	-	0,10
INSU	43132	ARAME RECOUDIDO 16 BWG, Ø = 1,65 MM [0,016 KG/M] OU 18 BWG, Ø = 1,25 MM [0,012 KG/M]	KG	CR	0,019		-	-	28,00	0,54	-	-	0,54
COMP	88238	AUXILIANTE DE ARMADOR COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,013	15,89	0,20	3,35	0,04	-	-	-	0,25
COMP	88245	ARMADOR COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,078	23,89	1,87	3,35	0,26	-	-	-	2,13
COMP	92802	CORTE E DOBRA DE AÇO CA-50, DIÂMETRO DE 8,0 MM, UTILIZADO EM LAJE, AF_12/2015	KG		1,000	0,41	0,41	11,39	11,39	-	-	-	11,80
FONTE:		SINAPI			TOTAIS	RS 0,00 H	RS 2,48	RS 12,33	RS 0,00 H	-	RS 14,81		

Fonte: elaborado pelos autores.

b.4) Coeficiente de perda distinto entre os insumos relevantes da composição

Essa situação ocorre quando uma composição envolve múltiplos insumos, e alguns deles apresentam coeficientes de perda distintos. Nesses casos, cada insumo com coeficiente de perda declarado tem seu consumo ajustado por esse fator, enquanto, para os demais insumos, considera-se o maior coeficiente de perda apurado na composição. Um exemplo é a composição 94994 do SINAPI (Abr/22), que trata da execução de passeios. O insumo 3777 (lona plástica) apresenta uma perda de 12,8%, o insumo 7156 (tela de aço) indica uma perda de 12,24%, e o insumo 94964 apresenta uma perda de 21,25%. Para os outros insumos sem perda declarada, adota-se uma perda de 21,25%. A Figura 16. mostra a composição original, e a Figura 17 apresenta a composição após a remoção das perdas.

Figura 16 – Composição 94994/SINAPI (Abr/22) sem modificação

94994	SERVIÇO:	EXECUÇÃO DE PASSEIO [CALÇADA] OU PISO DE CONCRETO COM CONCRETO MOLDADO IN LOCO, FEITO EM OBRA, ACABAMENTO CONVENTIONAL, ESPESSURA 8 CM, ARMADO: AF_07/2016							UNIDADE:	M2			
		CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA [R\$]	MATERIAIS [R\$]	EQUIPAMENTOS [R\$]			
							UNITÁRIO	TOTAL	UNITÁRIO	TOTAL	CUSTO TOTAL [R\$]		
INSU	3777	LONA PLÁSTICA PESADA PRETA, E=150 MICRAS	M2	C	1,128		-	-	1,37	1,55	-	-	1,55
INSU	4460	SARRAFO NAO APARELHADO *2,5 X 10* CM, EM MACARANDUBA, ANGELIM OU EQUIVALENTE DA REGIÃO - BRUTA	M	CR	0,250		-	-	9,24	2,31	-	-	2,31
INSU	4517	SARRAFO *2,5 X 7,5* CM EM PINUS, MISTA OU EQUIVALENTE DA REGIÃO - BRUTA	M	CR	0,200		-	-	2,66	0,53	-	-	0,53
INSU	7156	TELA DE AÇO SOLDADA NERVURADA, CA-60, Q-196, (3,11 KG/M2), DIÂMETRO DO FIO = 5,0 MM, LARGURA = 2,45 M, ESPAÇAMENTO DA MALHA = 10 X 10 CM	M2	C	1,122		-	-	36,84	41,35	-	-	41,35
COMP	88262	CARPINTERO DE FORMAS COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,181	24,66	4,45	3,23	0,58	-	-	-	5,03
COMP	88309	FEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,277	24,07	6,66	3,35	0,93	-	-	-	7,59
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES	H		0,457	17,17	7,85	3,23	1,48	-	-	-	9,33
COMP	94964	CONCRETO FCK = 20MPA, TRAÇÃO 1,2-7,3 [EM MASSA SECA DE CIMENTO / AREIA MEDIA / BRITA 1], -PREPARO MECÂNICO COM BETONEIRA 400 L, AF_05/2021	M3		0,097	71,87	6,97	386,79	37,52	1,49	0,14	-	44,63
FONTE:		SINAPI			TOTAIS	RS 0,00 H	RS 25,93	RS 86,24	RS 0,14	RS 112,32			

Fonte: elaborado pelos autores.

Figura 17 – Composição 94994/SINAPI modificada

94994	SERVIÇO:	EXECUÇÃO DE PASSO (CALÇADA) OU PISO DE CONCRETO COM CONCRETO MOLDADO IN LOCO, FEITO EM OBRA, ACABAMENTO CONVENCIONAL, ESPESSURA: 8 CM, ARMADO, AF_07/2016							UNIDADE:	M2				
		CLASSE/TIPO	CÓDIGOS	DESCRIÇÃO	UN.	ORIGEM	COEFICIENTE	MÃO DE OBRA (R\$)	MATERIAIS (R\$)	EQUIPAMENTOS (R\$)				
								UNITÁRIO	TOTAL	UNITÁRIO	TOTAL			
INSU	3777	LONA PLÁSTICA PESADA PRETA, E = 150 MICRAS			M2	C	1,000	-	-	1,37	1,37	-	-	1,37
INSU	4460	SARRAFO NAO APARELHADO *2,5 X 10 CM, EM MACARANDUBA, ANGELOU OU EQUIVALENTE DA REGIAO - BRUTA			M	CR	0,206	-	-	9,24	1,91	-	-	1,91
INSU	4517	SARRAFO *2,5 X 7,5 CM EM PINUS, MISTA OU ESPECIE ALÉM DA REGIAO - BRUTA			M	CR	0,165	-	-	2,66	0,44	-	-	0,44
INSU	7156	TELHA DE Cimento DADA NEVURADA, CA-60, G-196, (3,11 KG/MQ), DIÂMETRO DO FIO = 10 MM, LARGURA = 2,45 M, ESPACAMENTO DA MALHA = 10 X 10 CM			M2	C	1,000	-	-	36,84	36,84	-	-	36,84
COMP	88262	CARPINTERO DE FORMAS COM ENCARGOS COMPLEMENTARES			H		0,149	24,66	3,67	3,23	0,48	-	-	4,15
COMP	88309	PEDREIRO COM ENCARGOS COMPLEMENTARES			H		0,228	24,07	5,49	3,35	0,76	-	-	6,26
COMP	88316	SERVENTE COM ENCARGOS COMPLEMENTARES			H		0,377	17,17	6,47	3,23	1,22	-	-	7,69
COMP	94964	CONCRETO FK-10 20MPA, TRAÇÃO 1,2,7,3 (EM MASSA SECA DE CIMENTO) / ÁREA MÉDIA(BRITA 1) - PREPARO MECÂNICO COM BETONEIRA 400 L AF_05/2021			M3		0,080	71,87	5,75	386,79	30,94	1,49	0,12	36,81
								TOTAIS:	R\$ 21,39	R\$ 73,96	R\$ 0,12	R\$ 95,47		
FONTE:		SINAPI		0,00 H		MÃO DE OBRA:SINAPI - ABR/22		MATERIAIS:SINAPI - ABR/22						

Fonte: elaborado pelos autores.

c) Nova formação de preços

Após a eliminação das perdas de todos os insumos e serviços, conforme as etapas anteriores, um novo preço para a obra é estabelecido. Esse preço reflete um cenário de máxima eficiência, no qual todos os recursos são utilizados de forma integral, sem desperdícios.

d) Comparação de preços e determinação do desconto máximo

A última etapa do método consiste na comparação entre o preço inicial e o preço resultante após a eliminação das perdas de todos os insumos do empreendimento. Com base nessa análise, é possível determinar o desconto máximo que pode ser aplicado à obra, bem como o preço mínimo para sua execução em um cenário de máxima eficiência e eficácia. Essa abordagem reforça a necessidade de avaliar os descontos caso a caso, evitando a adoção de limites máximos arbitrários e determinísticos.

4. APLICAÇÃO DO MÉTODO PROPOSTO E DETERMINAÇÃO DOS DESCONTOS MÁXIMOS ADMISSÍVEIS

Para a aplicação do método proposto, utilizou-se um empreendimento disponibilizado pela Caixa Econômica Federal, acessível no sumário de publicações do SINAPI na seção “Demonstrações de Uso”. Trata-se de um bloco de quatro pavimentos-tipo, sem elevador, com 855 m² e construído em alvenaria estrutural. As Figuras 18, 19 e 20 apresentam a perspectiva, o layout interno e o corte esquemático do edifício em questão.

Figura 18 – Perspectiva



Fonte: SINAPI (Abr/2022).

Figura 19 – Layout interno do pavimento – sem escala



Fonte: SINAPI (Abr/2022).

Figura 20 – Corte esquemático – sem escala



Fonte: SINAPI (Abr/2022).

Considerando a base de dados do SINAPI de abril de 2022, sem desoneração, o custo total da obra foi de R\$ 1.283.518,46, situação apresentada na Figura 21.

Figura 21 – Resumo com os custos das etapas do empreendimento não considerando as perdas dos insumos (SINAPI: mão de obra onerada abril/2022)

CÓDIGO	DESCRIÇÃO	CUSTO TOTAL (R\$)			TOTAL (R\$)	% ITEM
		MÃO DE OBRA	MATERIAIS	EQUIPAMENTOS		
1	SERVIÇOS PRELIMINARES	6.018,22	3.653,52	-	9.671,74	0,75%
2	INFRAESTRUTURA	17.748,59	44.424,11	26,68	62.199,38	4,85%
3	SUPRAESTRUTURA	79.870,28	265.538,08	3.689,20	349.097,56	27,20%
4	ESQUADRIAS/VIDROS/FERRAGENS	19.494,20	91.952,32	-	111.446,52	8,68%
5	REVESTIMENTOS INTERNOS	45.423,44	65.757,83	167,56	111.348,83	8,68%
6	REVESTIMENTOS EXTERNOS	33.158,70	35.609,99	51,14	68.819,84	5,36%
7	REVESTIMENTOS DE TETO E FORRO	33.076,53	35.087,73	19,77	68.184,02	5,31%
8	PAVIMENTAÇÃO INTERNA	23.698,08	47.522,26	109,73	71.330,07	5,56%
9	PAVIMENTAÇÃO EXTERNA	25.176,21	83.723,29	116,51	109.016,02	8,49%
10	COBERTURAS E PROTEÇÕES	11.746,52	33.998,21	343,21	46.087,94	3,59%
11	LOUÇAS E METAIS	2.260,32	22.136,48	-	24.396,80	1,90%
12	COMPLEMENTAÇÕES	12.845,12	51.758,71	5,53	64.609,35	5,03%
13	INSTALAÇÕES ELÉTRICAS	45.081,13	85.224,57	-	130.305,70	10,15%
14	INSTALAÇÕES HIDROSSANITÁRIAS	21.533,59	35.471,11	-	57.004,70	4,44%
TOTAL GERAL:		377.130,93	901.858,20	4.529,33	1.283.518,46	100,00%
ÁREA TOTAL DA CONSTRUÇÃO (M ²):						
PREÇO (R\$ / M ²):						

Fonte: elaborado pelos autores.

Após a aplicação do método proposto, que eliminou as perdas dos insumos, o custo total da obra foi reduzido para R\$ 1.116.252,59, conforme pode ser observado na Figura 22.

Figura 22 – Resumo com os custos das etapas do empreendimento considerando as perdas dos insumos (SINAPI: mão de obra onerada abril/2022)

CÓDIGO	DESCRIÇÃO	CUSTO TOTAL (R\$)			TOTAL (R\$)	% ITEM
		MÃO DE OBRA	MATERIAIS	EQUIPAMENTOS		
15	SERVIÇOS PRELIMINARES	4.594,73	2.859,62	0,47	7.454,82	0,67%
16	INFRAESTRUTURA	13.692,21	39.021,67	27,91	52.741,80	4,72%
17	SUPRAESTRUTURA	63.982,58	227.362,63	1.116,71	292.461,91	26,20%
18	ESQUADRIAS/VIDROS/FERRAGENS	18.766,08	91.848,47	-	110.614,55	9,91%
19	REVESTIMENTOS INTERNOS	37.959,82	55.255,66	144,71	93.360,19	8,36%
20	REVESTIMENTOS EXTERNOS	25.465,35	27.449,01	62,27	52.976,64	4,75%
21	REVESTIMENTOS DE TETO E FORRO	25.901,10	29.627,74	31,51	55.560,35	4,98%
22	PAVIMENTAÇÃO INTERNA	19.659,70	40.576,32	106,82	60.342,84	5,41%
23	PAVIMENTAÇÃO EXTERNA	20.766,14	71.810,36	115,73	92.692,24	8,30%
24	COBERTURAS E PROTEÇÕES	9.109,97	26.491,62	268,24	35.869,83	3,21%
25	LOUÇAS E METAIS	2.213,73	22.129,09	-	24.342,82	2,18%
26	COMPLEMENTAÇÕES	10.999,97	49.323,33	5,93	60.329,23	5,40%
27	INSTALAÇÕES ELÉTRICAS	41.035,73	81.180,25	-	122.215,99	10,95%
28	INSTALAÇÕES HIDROSSANITÁRIAS	20.403,95	34.885,44	-	55.289,39	4,95%
TOTAL GERAL:		314.551,06	799.821,22	1.880,31	1.116.252,59	100,00%
ÁREA TOTAL DA CONSTRUÇÃO (M ²):						
PREÇO (R\$ / M ²):						

Fonte: elaborado pelos autores.

Ao comparar os resultados apresentados nas Figuras 21 e 22, constata-se que o desconto máximo que poderia ser oferecido para esse empreendimento é de 13,032%. Esse percentual representa o custo total das perdas dos insumos. Em outras palavras, em um cenário ideal em que todas as perdas fossem eliminadas, a economia máxima obtida na obra seria de R\$ 167.265,87.

Quando utilizada a base de dados desonerada, a diferença entre o orçamento que considera as perdas e o orçamento em cenário “ideal” (sem perdas – após aplicação do método proposto) é ainda menor. Nesse caso, o custo final da obra, considerando as perdas, é de R\$ 1.231.986,66, enquanto o orçamento da obra, na segunda situação, é de R\$ 1.073.247,86, resultando em uma economia de R\$ 158.738,80, o que pode ser traduzido em um desconto máximo admissível de 12,885%.

A economia de escala é uma variável importante a ser considerada neste tipo de estudo. Entretanto, essa variável não foi incluída na análise, pois entende-se que ela depende diretamente da negociação entre a licitante e o fornecedor dos insumos. Em outras palavras, o desconto real obtido por meio da economia de escala independe de ações da Administração Pública. Contudo, a apresentação desse fato pela licitante pode servir como justificativa para demonstrar a exequibilidade de determinado desconto ofertado.

CONCLUSÃO

Este artigo abordou o fenômeno conhecido como a “maldição do vencedor” e destacou como a Nova Lei de Licitações e Contratos ainda não resolve efetivamente esse problema, ao não estabelecer um limite máximo de desconto que considere as particularidades de cada obra. A imposição de um limite determinístico, aplicável a qualquer obra pública, só seria viável se as licitantes tivessem tempo suficiente para analisar minuciosamente projetos e orçamentos. No entanto, o que frequentemente ocorre é um comportamento inadequado por parte das empresas, que assumem riscos excessivos, seja por falha analítica ou por escolha deliberada.

Esse comportamento compromete a execução dos contratos, obrigando a Administração Pública a intervir com resgates técnicos e financeiros para garantir a conclusão das obras, ou seja, aditivos contratuais. Apesar da intenção de beneficiar o interesse público, a falta de compromisso dos licitantes transforma o processo licitatório em uma competição de lances desprovida de juízo técnico e governança, com consequências graves para o transcurso contratual, como a paralisação das obras ou a falência das contratadas, podendo materializar-se.

Os lances que reduzem os preços devem ser respaldados por análises técnicas objetivas, evitando descontos meramente matemáticos. Durante

uma licitação, a Administração Pública não lida apenas com números, mas com serviços essenciais para atender às necessidades públicas. A falha na avaliação de elementos críticos, inclusive aqueles ocultos nas atividades da obra, pode resultar, como já dito anteriormente, em execuções inadequadas ou no abandono dos encargos contratuais.

A solução para esses impasses não reside na adoção de um desconto máximo genérico, como proposto pela Lei n. 14.133/2021, mas na utilização de ferramentas de orçamento que permitam estabelecer um limiar técnico e realista para cada obra. A partir desse limiar, o gestor público pode realizar diligências junto à licitante, exigindo que ela comprove que o desconto ofertado garante a exequibilidade da proposta. Isso porque ultrapassar os limites legais de desconto leva apenas à presunção de inexequibilidade, conforme destacado no Acórdão n. 214/2025-Plenário. Há ainda a possibilidade, na fase de elaboração do Estudo Técnico Preliminar, de alocar os riscos econômicos e financeiros à contratada, caso esta oferte um desconto superior ao obtido com a aplicação do método em questão.

O método proposto neste estudo contribui para evitar a “maldição do vencedor” ao trazer simplicidade, transparência e embasamento técnico para as decisões dos gestores públicos, considerando as particularidades de cada empreendimento. Como evidenciado na análise, não há correlação significativa entre a magnitude dos descontos e a situação final da obra (concluída ou paralisada), mais um motivo que corrobora a ideia de presunção de inexequibilidade.

Essa conclusão robustece a premissa da essencialidade em se estabelecer um limiar técnico que possa subsidiar o gestor público na fundamentação de pedidos de diligência junto às licitantes, mesmo quando o desconto ofertado não excede o limite normativo imposto pela NLLC. Tal abordagem se justifica quando se considera que o custo administrativo da aplicação do método proposto é significativamente inferior ao ônus decorrente de uma obra potencialmente paralisada, ainda que essa comparação possua um viés de natureza subjetiva.

A análise de legislações internacionais demonstra que a preocupação com a inexequibilidade de propostas e o equilíbrio econômico-financeiro é uma prática global. No Brasil, a NLLC representa um avanço ao estabelecer critérios objetivos, mas ainda há espaço para aprimoramentos, como a adoção de métodos analíticos que considerem as particularidades de cada projeto. A proposta metodológica apresentada neste estudo visa preencher essa lacuna, contribuindo para a eficiência, eficácia e sustentabilidade das licitações de obras públicas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos ENAP*,

n. 10, p. 52, 1997. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/556>. Acesso em: 8 abr. 2025.

AHMED, M. O.; EL-ADAWAY, I. H.; COATNEY, K. T.; EID, M. S. Construction bidding and the winner's curse: game theory approach. *Journal of Construction Engineering and Management*, v. 142, n. 2, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)CO.1943-7862.0001058](https://doi.org/10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001058). Acesso em: 6 abr. 2025

AZMAN, M. A. Bidding competitiveness: a comparative analysis of different bid auctions in Malaysia. *Journal of Engineering, Design and Technology*, v. 14, n. 4, p. 678-698, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JEDT-11-2014-0072>. Acesso em: 6 abr. 2025

BOX, G. E. P.; COX, D. R. An analysis of transformations. *Journal of the Royal Statistical Society*, v. 26, n. 2, p. 211-243, 1964. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.2517-6161.1964.tb00553.x>. Acesso em: 17 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2622/2013. Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 25 set. 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1228/2021. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 26 maio 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2134/2023. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 18 out. 2023. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 214/2025. Plenário. Relator Ministro Jhonatan de Jesus. Sessão de 5 fev. 2025. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 fev. 2025.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). *Demonstrações de uso*. CEF, [2024]. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/Downloads/SINAPI-demonstracoes-de-uso-fichas-tecnicas/Ficha_Tecnica_13096.pdf. Acesso em: 10 maio 2024.

DECAROLIS, Francesco. Awarding price, contract performance, and bids screening: evidence from procurement auctions. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 6, n. 1, p. 108-132, jan. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/app.6.1.108>. Acesso em: 17 mar. 2025.

CAETANO, Marcello. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.

CARLIN, Volnei Ivo. *Direito Administrativo*. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2007.

EGITO. Lei nº 182, de 2018. *Regula Contratos Feitos por Autoridades Públcas*. Cairo: Governo do Egito, 2018.

ESTÔNIA. *Lei de Licitações Públcas de 2017*. Aprovada em 14 de junho de 2017. Estônia: Parlamento Riigikogu da Estônia, 2017.

EVERITT, Brian S.; LANDAU, Sabine; LEESE, Morven; STAHL, Daniel. *Cluster Analysis*. 5th ed. Chichester: Wiley, 2011.

FELISBINO DIAS, S.; MARCHIORI, F.; ABREU, J. Contratações anormalmente baixas em licitações e a ocorrência do winner's curse: estado-da-arte. In: ENCONTRO NACIONAL DE TECNOLOGIA DO AMBIENTE CONSTRUÍDO, 2020, *Anais eletrônicos*. Porto Alegre: ANTAC, 2020, v. 18, n. 1, p. 1-8. Disponível em: <https://doi.org/10.46421/entac.v18i.1195>. Acesso em: 6 abr. 2025.

FISCOBRAS. *Fiscalização de obras públicas*. Apresentação: Bruno Dantas. Brasília: Tribunal de Contas da União; Secretaria-Geral da Presidência da República, 2024. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/CE/14/76/CE/407929104CE08619E18818A8/Fiscobras%202024.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

FORTUNATO, Rafael Henrique. Comentários ao art. 59 da Lei nº 14.133/2021. In: SARAI, Leandro (org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 comentada*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 808.

HAHN, W. J.; SEAMAN, S. L. The winner's curse and optimal auction bidding strategies. *Graziadio Business Report*, Malibu, Pepperdine University, v. 12, n. 2, 2009.

HANÁK, T.; SERRAT, C. Analysis of construction auctions data in Slovak public procurement. *Advances in Civil Engineering*, Hindawi, v. 2018, Art. ID 9036340, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1155/2018/9036340>. Acesso em: 6 abr. 2025

ITÁLIA. *Código de contratos públicos*: Decreto legislativo n.º 50/2016, modificado pelo Decreto Legislativo n.º 57/2017. Roma, 2016.

JAIN, A. K.; MURTY, M. N.; FLYNN, P. J. Data clustering: a review. *ACM Computing Surveys*, New York, v. 31, n. 3, p. 264-323, set. 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/331499.331504>. Acesso em: 17 mar. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

KAGEL, J. H., LEVIN, D. The winner's curse and public information in common value auctions. *The American Economic Review*, v. 76, n. 5, p. 894-920, 1986. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1816459>. Acesso em: 7 abr. 2025.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

OSBORNE, J. W. Improving your data transformations: Applying the Box-Cox transformation. *Practical Assessment, Research & Evaluation*, v. 15, n. 12, p. 1-9, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.7275/qbpc-gk17>. Acesso em: 17 mar. 2025.

POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. 2. ed. Tradução de Eduardo Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POLÔNIA. *Lei de licitações públicas de 29 de janeiro de 2004*. Varsóvia, 2004.

QUÊNIA. *Documento padrão de licitação para aquisição de obras: Edificações e obras de engenharia civil associadas*. Nairobi: Autoridade Reguladora de Licitações Públicas do Quênia, 2021.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SUÉCIA. *Lei de licitações públicas sueca*: 2016:1145. Konkurrensverket, Autoridade Sueca de Concorrência. Suécia, 2016.

SUDÃO. *Lei de licitações públicas, contratação e alienação de ativos públicos*. Cartum, 2011.

SIGNOR, Regis et al. Underpricing in social infrastructure projects: combating the institutionalization of the winner's curse. *Journal of Construction Engineering and*

Denis Bertazzo Watashi Claudio
Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
Fernanda Fernandes Marchiori

Management, v. 146, n. 12, p. 05020018, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)CO.1943-7862.0001926](https://doi.org/10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001926). Acesso em: 17 mar. 2025.

SIGNOR, Regis et al. A probabilistic method for forensic cost estimating of infrastructure projects. *Applied Mathematical Modelling*, v. 40, n. 21, p. 9197-9211, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.apm.2016.05.025>. Acesso em: 17 mar. 2025.

SOUZA, Ubiraci E. Lemes de. *Como reduzir perdas nos canteiros*. São Paulo: Pini, 2005, p. 128.

SOUZA, Ubiraci E. Lemes de. *Como aumentar a eficiência da mão-de-obra*. 1. ed. São Paulo: Pini, 2006, p. 100.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, Sebastião Figueira. A nova lei de licitações e contratos (lei nº 14.133/2021): principais mudanças e impactos na eficiência das contratações públicas. *Revista Multidisciplinar Pey Kéyo Científico*, v. 10, n. 1, 2024. Disponível em: <https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/pkcroraima/article/view/1898>. Acesso em: 8 abr. 2025.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica dos contratos. In: *Direito e Economia no Brasil – Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Sobre os contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 28 mar. 2014.

WATASHI, Denis B. et. al. Proposta de método de reequilíbrio financeiro em contratos públicos: estudo de caso. *Revista do TCU*, Brasília, v. 153, n. 1, p. 208-232, jan./jul. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.69518/rtcu.153.208-232>. Acesso em: 17 mar. 2025.

Recebido: 07/08/2024

Aprovado: 30/12/2024

TEORIA DA *FAILING FIRM DEFENSE* E OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO ÂMBITO DO CADE

*THEORY FAILING FIRM DEFENSE AND MERGER
CONTROL AT CADE*

Fabio Campelo Conrado de Holanda¹

Lise Barroso²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A interseção da insolvência empresarial e o poder concorrencial. 2. A Teoria da *Failing Firm Defense* e sua aplicação no direito comparado. 3. A incorporação da teoria no direito brasileiro e a sua aplicação no âmbito do CADE. Conclusão. 5. Referências.

¹ Doutor em Ciéncia Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Mestrado em Direito Privado do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador Federal.

² Mestranda Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor).

RESUMO: Empresas que estejam em crise econômico-financeira ou em vias de ter sua falência decretada comumente precisam liquidar o seu ativo, seja em prol do soerguimento, seja para o fim de pagamento dos credores. Sendo possível uma interseção do direito da insolvência com o direito antitruste, na medida em que os atos de liquidação do ativo possam resultar, preenchidos os requisitos, em um ato de concentração, devendo submeter a apreciação da operação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O tratamento da empresa em crise deve ser especial, por isso criou-se a Teoria da *Failing Firm Defense* (FFD). A teoria é suscitada como tese de defesa por agentes econômicos que precisam realizar operações de concentração e não conseguem preencher os requisitos para a sua aprovação junto à autoridade antitruste, contudo, dadas as condições financeiras ruins, pela adoção da teoria, poderiam vislumbrar um tratamento diferido. Tal teoria possui aplicação no Brasil, pois já foi examinada em diversos julgados do CADE, inclusive consta em sua Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. O presente artigo pretende examinar a incorporação da Teoria FFD no Brasil, especialmente nos procedimentos perante o CADE, para compreender a análise dos critérios para a sua aplicação, utilizando uma abordagem dedutiva, apoiada em revisão bibliográfica e análise de precedentes administrativos. A análise contribui para a comunidade jurídica, pois fornece subsídios para conhecer os critérios. Em conclusão, vê-se que houve a incorporação da Teoria da FFD, o que poderá embasar a construção das teses de defesa das empresas em crise.

PALAVRAS-CHAVE: Insolvência empresarial. Direito concorrencial. Atos de concentração. CADE. Teoria da *Failing Firm Defense*.

ABSTRACT: Companies that are in economic and financial crisis or are about to be declared bankrupt often need to liquidate their assets, either to recover or to pay their creditors. It is possible for insolvency law to intersect with antitrust law, since the liquidation of assets may result, if the requirements are met, in an act of concentration, and the transaction must be submitted for review to the Administrative Council for Economic Defense (CADE). Companies in crisis must be treated in a special way, which is why the *Failing Firm Defense* (FFD) Theory was created. The theory is raised as a defense thesis by economic agents that need to carry out concentration operations and are unable to meet the requirements for their approval by the antitrust authority. However, given their bad financial conditions, by adopting the theory, they could envision deferred treatment. This theory is applicable in Brazil, as it has already been examined in several CADE judgments and is also included in its Guide for Analysis of Acts of Horizontal Concentration. This article aims to examine the incorporation

of the FFD Theory in Brazil, especially in procedures before CADE, to understand the analysis of the criteria for its application, using a deductive approach, supported by a bibliographic review and analysis of administrative precedents. The analysis contributes to the legal community, as it provides subsidies for understanding the criteria. In conclusion, it is clear that the FFD Theory has been incorporated, which may support the construction of defense theses for companies in crisis.

KEYWORDS: Corporate insolvency. Competition law. Acts of concentration. CADE. Failing Firm Defense Theory.

INTRODUÇÃO

O empresário individual e a sociedade empresária, na dinâmica da economia e no desenvolvimento de suas atividades negociais, podem experienciar uma situação de crise econômico-financeira ou até mesmo de um estado falimentar. Nesse contexto, a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas – LRF), irá disciplinar as regras pertinentes à recuperação e à falência dessas empresas.

Importa atentar que a insolvência empresarial possui habitualmente um momento de liquidação de ativos. Explica-se: primeiramente, nas recuperações judiciais, o devedor, ao apresentar o Plano de Recuperação nos autos, deverá no corpo do documento, explicitar os meios de recuperação, a fim de convencer seus credores sobre a sua viabilidade econômica. Como meio de recuperação, a partir da leitura do art. 50, da LRF, apresentam-se as fusões, incorporação, venda parcial dos bens, entre outros.

Desse modo, nas recuperações, é possível vislumbrar a possibilidade de ocorrer um ato de concentração, a partir, como visto, do Plano de Recuperação. Não muito diferente, verifica-se na falência que, após a sua decretação, tem como finalidade primordial a liquidação do seu ativo para o pagamento do passivo, podendo incorrer nessa venda dos ativos em hipótese de configuração de operação de concentração.

Por essa razão, claramente, visualiza-se a interseção do direito empresarial com o direito concorrencial, já que a empresa insolvente poderá ter, na liquidação do ativo, a necessidade de submissão da operação ao CADE para sua aprovação.

Nessa perspectiva, seria possível que um ato de concentração almejado por determinados agentes econômicos, sendo um deles, uma empresa em crise, venha a buscar a apreciação e autorização da operação junto à autoridade antitruste. Contudo, ao ter seu pedido analisado, a autoridade poderia concluir pela reprovação devido à violação à concorrência. Nesse caso, se ocorresse a reprovação do ato, a empresa teria toda a saída dos seus ativos do mercado, não preservando em nada a estrutura ou sua função social.

Por esse motivo, criou-se a Teoria da *Failing Firm Defense*, a qual torna possível a manutenção da empresa ou a preservação dos ativos no mercado, pois “os critérios utilizados pelo CADE para a análise concorrencial poderiam ser distendidos, de forma a se permitir operações que, normalmente, trariam algum risco ao mercado” (Oliveira, 2011, p. 2). Nesse cenário, nota-se o estabelecimento de um conflito entre os Princípios da Livre Concorrência e os da Preservação da Empresa, sendo certo que esse último teria verdadeira prioridade em relação ao primeiro pela adoção da Teoria da FFD (Gonçalves; Pamplona, 2019, p. 3). O Brasil já reconhece, em seus julgados do CADE, a aplicação da Teoria da FFD, inclusive consta no seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal:

A prática internacional e a jurisprudência do Cade têm adotado extrema cautela na aplicação dessa teoria, restringido sua validade a casos em que as requerentes comprovem, cumulativamente, a satisfação das seguintes condições: (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico 21; e (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação (Brasil; CADE, 2016, p. 55).

O CADE, portanto, reconhece a FFD e ainda estabelece os requisitos necessários para a sua aplicação. Nessa proposta, o presente artigo pretende analisar os critérios fixados na Guia para Análise de Atos de Concentração, a fim de compreender a dinâmica probatória utilizada pelas empresas em crise para viabilizar os atos de concentração pretendidos.

A despeito do que já foi escrito internacionalmente sobre o tema da *Failing Firm Defense*, existem poucos trabalhos acadêmicos que abordem o aspecto probatório no caso concreto, analisando os julgados do CADE, por isso o estudo ganha relevância, podendo inclusive auxiliar na melhor compreensão dos agentes econômicos de como devem demonstrar a viabilidade da aplicação da FFD. A pesquisa será realizada por meio de uma abordagem dedutiva, bem como de um exame bibliográfico e de precedentes administrativos do CADE.

A seção de n. 2 deste arrazoado apresenta um estudo sobre a interseção da insolvência empresarial e o poder concorrencial, de modo a compreender

melhor tanto a recuperação de empresas e falências quanto os atos de concentração; na seção de n. 3, propõe-se o exame da Teoria da FFD no Direito Comparado, analisando sua origem e os critérios utilizados; após, na seção de n. 4, cuida-se da incorporação da FFD e aplicação no âmbito do CADE; na seção de n. 5, a conclusão do trabalho.

1. A INTERSEÇÃO DA INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL E O PODER CÓNCORRENTIAL

Os empresários (individual e sociedade empresária), no desenvolvimento de suas atividades, por diversos fatores, podem adentrar em crises econômico-financeiras, as quais, a depender do grau de severidade, implicarão para sua resolução, necessariamente, na proposição de uma recuperação judicial ou extrajudicial perante o Poder Judiciário, com o fim de obter uma oportunidade de negociação com os seus credores e, em casos mais graves, restaria tão somente a opção de saída do mercado, com a declaração da falência da empresa, o que teria como principal objetivo a promoção da alienação de todo o seu ativo para o pagamento do passivo (universalidade de credores).

Na pesquisa elaborada pelo Serasa Experian (2024), com os dados captados em fóruns, varas de falências, Diários Oficiais e da Justiça dos Estados no Brasil, ficou constatado que, no ano de 2023, ocorreu um aumento de quase 70% dos pedidos de recuperação judicial, mais de 1.400 solicitações, sendo o maior número desde 2020. A pesquisa também indicou que o setor mais afetado foi o de “serviços”, sendo considerado o protagonista na maior parte dos pedidos, com 651 pedidos, seguido do “comércio”, com 379; da “indústria”, com 254; e o último, o setor “primário”, com 121.

Em relação aos pedidos de falência, a pesquisa revelou que houve um aumento considerável em 2023, sendo 983 pedidos, correspondendo ao crescimento de 13,5% em comparação com o ano de 2022 (866 pedidos). E aqui, mais uma vez, o setor com o maior número de pedidos foi o de “serviços”, com 373, em pós, tem-se, na sequência, o setor da “indústria” (311), “comércio” (292) e “primário” (7).

Ao observar o levantamento estatístico anterior, torna-se evidente a importância do estudo das empresas em crise, principalmente em vista do relevante papel no contexto social, pois “o estilo de vida da sociedade contemporânea simplesmente não existiria sem as empresas e as externalidades (positivas e negativas) que decorrem desse fenômeno multifacetado” (Scalzilli, Spinelli e Tellechea, 2023). Sendo certo que os institutos da recuperação de empresas e falências, dispostos na Lei n. 11.101/05, foram criados pelo Estado justamente para solucionar a crise empresarial, em máxima observância aos Princípios da Preservação da Empresa e da Função Social, de modo a dar

ferramentas para o soerguimento das viáveis ou mesmo, de modo drástico, retirar do mercado as que são inviáveis.

É importante considerar que a empresa em crise pode estar inserida em diversos contextos que envolvem a dinâmica empresarial, cabendo, neste trabalho, uma análise de uma das possíveis interseções entre o direito empresarial e o poder concorrencial com a insolvência empresarial e os atos de concentração: a Teoria da *Failing Firm Defense*. Desse modo, para uma melhor compreensão, há que se conhecer, primeiramente, as principais definições da insolvência empresarial, bem como determinar o que corresponderia a um ato de concentração e o seu procedimento.

De início, estabelece-se que a recuperação judicial tem como principal objetivo tornar viável o soerguimento da empresa, com a superação da crise econômico-financeira, com intuito de viabilizar a “(...) manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (Brasil, 2005). Em suma, segundo Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2023, p. 147), trata-se de um procedimento direcionado ao devedor empresário que precisa renegociar com uma universalidade de credores todo o seu passivo, constituído pelo legislador para solucionar crises mais complexas, e, por tal razão, alcança a maioria dos créditos.

Nesse âmbito, ainda se pode contar com a recuperação extrajudicial, presente no art. 161 e seguintes da Lei n. 11.101/05. Nessa espécie de procedimento, firma-se também como propósito o de promover o soerguimento do devedor, contudo, estaria-se diante de um procedimento híbrido, pois apenas o Plano do devedor precisaria da homologação do Poder Judiciário, “uma vez homologado o plano, o processo é encerrado, e as obrigações devem ser cumpridas extrajudicialmente” (Scalzilli, Spinelli e Tellechea, 2023, p. 148).

Sem adentrar integralmente no aspecto procedural da recuperação de empresas, é necessário dizer que o empresário, como já dito, pretende, com o processo, renegociar com os seus credores e, para tanto, em ambas as espécies (judicial e extrajudicial), apresentará um Plano de Recuperação. Nesse Plano, em análise superficial, o devedor irá expor a forma como pretende adimplir os seus credores, bem como tentará demonstrar a sua viabilidade econômica, informando como será possível pagá-los, assim, firmando um convencimento a fim de que seja aprovado o referido Plano.

Nesse contexto, há que se ressaltar que, no art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas (Brasil, 2005), existe a previsão, de modo exemplificativo, dos mais variados meios de alcançar a recuperação da empresa, os quais nos interessa, para os fins deste trabalho, destacar alguns: a cisão, incorporação, fusão, venda parcial dos bens, entre outros:

(...) a LRF trouxe, em seu artigo 50, um rol meramente exemplificativo de mecanismos a serem utilizados pelo devedor para a superação da crise. Ou seja, afora os diversos meios de recuperação judicial expressamente previstos no artigo 50, o legislador autorizou que outros fossem criados e empregados na reestruturação e saneamento da crise da empresa, bem como a possibilidade de combinação, pelo devedor, de dois ou mais meios (Rosa, 2022, p. 53).

Percebe-se assim que, em alguns meios de recuperação judicial indicados na legislação empresarial, podendo ainda ser aventado qualquer outro pelo devedor, existe a possibilidade de corresponderem a um ato de concentração regulado pela legislação concorrencial. Visto assim o ponto de interseção no procedimento da recuperação de empresas, agora cabe analisar em que momento surge o encontro no procedimento da falência em relação ao direito antitruste.

A falência também é um procedimento concursal, contudo, possui uma finalidade primordial de liquidação do ativo para o pagamento do passivo. Nesse processo, o devedor possui uma crise irreversível, ou seja, não consegue mais realizar o soerguimento, sendo, portanto, economicamente inviável:

Em linha gerais, uma vez decretada a quebra, é nomeado um administrador judicial para liquidar organizada e sequencialmente o patrimônio do falido: isto é, para arrecadar os seus bens, avaliá-los, aliená-los e, com o produto da venda, pagar aos credores, conforme as prioridades legalmente estabelecidas (Scalzilli; Spinelli; Tellechea, 2023, p. 149).

Dessa forma, é certo que, após a declaração de falência da empresa, se houver bens, o administrador judicial iniciará a fase de arrecadação e, já tendo arrecadado e avaliados tais bens, adentra-se a fase de alienação do ativo, nesse caso, o art. 140 da Lei n. 11.101/05 (Brasil, 2005) estabelece a forma e a ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.

As modalidades previstas na LRF buscam, por um outro ângulo, cumprir o Princípio da Preservação da Empresa, sendo, portanto, “mediante manutenção da organização de bens preexistentes do devedor, para exploração por um novo empresário” (Rosa, 2022, p. 55). Aqui, indubitavelmente, se

quer proteger a estrutura empresarial, por isso, facilmente no processo de falência se identifica a possibilidade de as modalidades de alienação do ativo corresponderem a um ato de concentração disposto na Lei n. 12.529/2011.

Para finalizar a compreensão do âmbito da interseção da insolvência empresarial com o direito concorrencial, há que se examinar brevemente, nesse momento, o que vêm a ser os atos de concentração, regulados na legislação antitruste, em especial no Título VII, Capítulo I.

A Lei n. 12.529/11 preconiza que o ato de concentração pode acontecer quando duas ou mais empresas que antes eram diversas se fundem; quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou troca de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou modo de controle ou partes de uma ou outras empresas; uma ou mais empresas incorporam outras empresas; ou, ainda, duas ou mais empresas perfazem um contrato associativo, consórcio ou joint venture (Brasil, 2011).

Desse modo, o ato de concentração, por si só, na dinâmica empresarial, é natural que ocorra, inclusive, Paula Forgioni (2024, p. 422) elencou, em sua obra, as vantagens nesse tipo de operação, dividindo-as em três grupos. No primeiro grupo, revela-se quanto à organização interna: o ato pode aumentar o maquinário e o progresso técnico; reduzir gastos; diminuir perdas no processo de produção; além de reduzir o risco na obtenção de capitais.

No segundo grupo, em relação à posição da empresa envolvida no mercado: gera o fortalecimento da relação com os fornecedores (horizontais); a facilitação na obtenção de crédito no mercado de capitais; uma atração na busca por mão de obra qualificada; e uma melhora nos investimentos com publicidade. E, por fim, no terceiro grupo, ressalta o aumento do poder da empresa no que se refere ao Estado. Há, ainda, que ressaltar o aumento do grau de competitividade no mercado globalizado.

Com efeito, o ato de concentração é um fenômeno próprio das relações empresariais, contudo, em determinadas situações, pode causar violações ao Princípio da Concorrência, por isso, nesse passo, caracterizado o surgimento do ato de concentração, há que se perpassar a análise sobre se o ato deve ou não ser submetido à apreciação do CADE, pois não será qualquer operação que irá precisar alcançar, obrigatoriamente, a sua autorização da autarquia para se efetivar.

Assim, a Lei antitruste estabelece, no art. 88, que é necessário, cumulativamente, que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, em seu último balanço, o faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, em ano anterior à concentração, o equivalente ou superior a quatrocentos milhões de reais; e que pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, o

equivalente ou superior a trinta milhões de reais (Brasil, 2011). Acrescente-se que os valores poderão ser alterados por recomendação do CADE, sendo certo que houve uma alteração desses valores a partir da Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012, passando a constar setecentos e cinquenta milhões de reais para hipótese do inciso I, e, por sua vez, para o inciso II, o valor de setenta e cinco milhões de reais (Brasil, 2012).

Importa dizer que o exame do CADE deve ocorrer antes da operação, pois, caso ocorra uma violação dessa regra, as partes envolvidas podem sofrer multas pecuniárias, além da nulidade do ato, conforme art. 88, § 3º da Lei n. 12.529/11. Para o estudo deste artigo científico, é primordial ter conhecimento de que a operação será proibida pelo CADE se resultar em extinção da concorrência “(...) em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (Brasil, 2011). Por outro lado, a Lei antitruste, irá abrir uma exceção quando a sua proibição implicar:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (Brasil, 2011).

Assim sendo, é necessário realizar o regular enquadramento da operação de concentração, de modo que, apenas estando nesses parâmetros em torno do objeto (fusão, incorporação, consórcio...) e das partes envolvidas (a exemplo dos valores de faturamento), possa então ser submetida à apreciação prévia do CADE.

Além disso, como visto, a análise deve ser pormenorizada, e, no aspecto geral, deve ater-se se o ato provocará uma violação ao Princípio da Livre Concorrência, e, mesmo estando nesse cenário, excetua-se a proibição diante de uma realidade de eficiência nos aspectos, em suma, de produtividade, competitividade, uma melhora na qualidade de bens ou serviços, desenvolvimento tecnológico ou econômico ou benefícios aos consumidores.

Com efeito, a partir de uma brevíssima definição dos atos de concentração, resta aclarada a possibilidade de inserção, em processos de recuperação de empresas e falência, dessa operacionalização, seja como meio para o soerguimento, seja para tão somente visualizar a realização do ativo, e ainda a necessidade de obrigatoriedade submissão ao CADE:

Assim sendo, quando a materialização do princípio da preservação da empresa, em processos de recuperação judicial ou de falência, se der por meio de operações que se enquadrem como atos de concentração, se estará diante da incidência de regras jurídicas de ramos distintos de estudo sobre um mesmo evento jurídico. Ou seja, este mesmo negócio jurídico será regulado pela legislação falimentar e pela legislação antitruste. Do que se concluiu que, no caso concreto, se estará diante da intersecção entre a LRF e a LC (Rosa, 2022, p. 64).

Nesse momento, diante desse panorama da insolvência empresarial e da possibilidade de encontro com o direito concorrencial, cabe conhecer a teoria construída pelas empresas em crise na defesa da efetivação do ato de concentração almejado quando não cumprir os requisitos estabelecidos pela Lei Antitruste: a *Failing Firm Defense*. No tópico seguinte, será estabelecida a sua origem, bem assim como se dá sua aplicação no direito comparado.

2. A TEORIA DA FAILING FIRM DEFENSE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

No ano de 1930, nos Estados Unidos, houve o julgamento do caso da *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (Estados Unidos da América, 1930), sendo considerado o nascedouro da Teoria da FFD. Há que se compreender que a “*International Shoe*” adquiriu todas as ações da *W.H. McElvain Company* e, por tal fato, foi acusada pela FTC (*Federal Trade Commission*) de redução substancial da concorrência e de impacto no comércio interestadual, de modo a violar a Seção 7 da Lei Clayton. Tal seção estabelece a proibição de que uma empresa adquira as ações de outra quando isso provocar a redução da concorrência entre elas ou restrinja o comércio na região.

A Suprema Corte decidiu a favor da *International Shoe* argumentando, em suma, que não havia concorrência entre as duas empresas, pois os produtos vendidos eram bem diversos; a intenção da aquisição não foi a redução da concorrência, mas sim garantir a continuidade das operações e melhorar a eficiência produtiva; e, como argumento mais importante para a construção da Teoria da FFD, as circunstâncias desesperadoras financeiras da empresa *McElvain Company*, correndo sérios riscos de ter sua falência decretada. A aquisição viria como o único remédio para os acionistas e a comunidade em que a empresa operava.

O caso da *International Shoe* foi o primeiro a lidar, de forma clara, com uma empresa em crise inserida na operação de um ato de concentração, em que o argumento crucial a favor da sua concretização foi a circunstância econômica ruim da empresa. Por outro lado, houve um segundo caso e, nesse,

de modo diverso, houve a organização, pela Suprema Corte, dos requisitos para aplicação da teoria que se chamaria *Failing Firm Defense*.

No caso *Citizen Publishing Co. v. United States* (Estados Unidos da América, 1969), os dois únicos jornais diários de Tucson (Arizona), o “*Citizen*” e o “*Star*”, queriam fazer um acordo que acabaria com a competição existente entre eles, de modo que ocorreria a fixação de preços, a divisão de lucros e o controle de mercado. Em vista desse acordo, as empresas foram acusadas pelo governo de violação do *Sherman Act* (restrição do comércio e monopolização) e *Clayton Act* (diminuição da concorrência).

Não houve o deferimento da operação pela Suprema Corte, mas, no julgado, ficaram claramente expostos os requisitos necessários para aplicação da FFD, sendo, à época, os seguintes: imediata probabilidade de falência, ausência de compradores alternativos e reorganização não viável. Ressalte-se que, no caso histórico da *Citizen*, houve o acréscimo de um terceiro requisito, em comparação com o caso da *International Shoe*, o qual seria a impossibilidade de reestruturação pela recuperação ou falência (Lopez-Galdos, 2016, p. 8).

O ônus da prova recairia sobre a empresa, no caso, a “*Citizen*” não provou que a falência estava em vias de acontecer, que só poderia ser comprada pelo jornal “*Star*” e, por último, nem houve a exploração suficiente da possibilidade de reestruturação (Estados Unidos da América, 1969).

Os requisitos firmados foram utilizados para construir, em 1992 (com revisão em 1997), o Guia Americano para esse tipo de operação: o *Horizontal Merger Guidelines*. Nesse cenário, houve a fixação, como diretrizes, para esse ato: a impossibilidade de a empresa cumprir suas obrigações; a inviabilidade da reestruturação; a falta de interesse de outros compradores em seus ativos, de modo a não violar a concorrência; a saída dos ativos, sem que ocorra a operação (Gonçalves; Pamplona, 2019, p. 19). Em 2010, o governo americano publica uma nova edição do seu Guia e trata da aplicação da FFD:

As Agências normalmente não creditam reivindicações de que os ativos da empresa em situação de insolvência sairiam do mercado relevante, a menos que todas as seguintes circunstâncias sejam satisfeitas: (1) a empresa alegadamente em situação de insolvência não seria capaz de cumprir as suas obrigações financeiras num futuro próximo; (2) não seria capaz de se reorganizar com sucesso ao abrigo do Capítulo 11 da Lei de Falências; e (3) fez esforços de boa-fé, sem sucesso, para obter ofertas alternativas razoáveis que manteriam os seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e representariam um perigo menos grave para a concorrência do que a fusão proposta. (...) As Agências não creditam normalmente créditos de que os ativos de uma divisão sairiam do mercado relevante num futuro próximo, a menos que sejam satisfeitas ambas as seguintes condições: (1) aplicando regras de repartição

de custos que refletem os verdadeiros custos económicos, a divisão tem um resultado persistentemente negativo fluxo de caixa em uma base operacional, e tal fluxo de caixa negativo não é economicamente justificado para a empresa por benefícios como vendas adicionais em mercados complementares ou maior boa vontade do cliente; e (2) o proprietário da divisão falida fez um acordo de boa-fé sem sucesso esforços para obter ofertas alternativas razoáveis que mantenham os seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e representem um perigo menos grave para a concorrência do que a aquisição proposta. (Estados Unidos da América, 2010, p. 35, tradução nossa)

Tem-se, portanto, a apresentação dos requisitos da Teoria da FFD necessários para a sua aplicação no âmbito do direito americano. Perpassado o exame da origem, bem como dos requisitos que foram fixados no direito concorrencial americano, nesse momento, é interessante verificar como a defesa da empresa insolvente ocorre em outras jurisdições.

A União Europeia, com o Guia de Concentrações Horizontais Europeu (*Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*), o qual trata das diretrizes para aplicação da FFD, firmado em 2004, estabeleceu o cumprimento das seguintes condições: a empresa supostamente em falência seria forçada a sair do mercado, caso não seja adquirida; não há comprador alternativo, que reduza a violação da concorrência; os ativos da empresa sairão do mercado sem a operação (Rosa, 2022, p. 112-113):

No que tange à União Europeia, a teoria da *failing firm*, naquele continente, também denominada de *rescue merger*, encontra previsão no Guia de Concentrações Horizontais de 2004, com requisitos muito semelhantes aos consagrados na legislação norte-americana, como impossibilidade de honrar com as obrigações financeiras, inexistência de alternativa que não represente prejuízo ao ambiente concorrencial e a provável saída dos ativos do mercado na hipótese de negativa da operação (Lima Filho, 2017, p. 4).

No Reino Unido, os critérios constantes no seu Guia de Concentrações (*Competition Commission*) seriam: “(i) a inevitabilidade da saída da empresa em crise, (ii) se existe alternativa menos anticompetitiva e, finalmente, (iii) os cenários de mercado com e sem a operação” (Oliveira, 2014, p. 84). Na Alemanha, exige-se, para a adoção do FFD das partes, cumprirem: uma das empresas precisa estar próxima de uma falência; não haver alternativa mais pró-competitiva; que as empresas em crise, com ou sem operação, sejam absorvidas pela adquirente (Oliveira, 2014, p. 85).

Existem outros países passíveis de estudo dos critérios utilizados para a aplicação da *Failing Firm Defense*, contudo, o presente trabalho não tem a intenção de apresentar todos os guias dos países quanto a esse aspecto, mas, sim, demonstrar, por meio desse panorama, a semelhança dos critérios adotados, além de depreender a sua inauguração no direito americano. Dito isso, nesse momento, é necessário buscar conhecer a forma como o Brasil receptionou a Teoria da FFD, assim como tem sido sua aplicação nos casos submetidos à análise do CADE.

3. A INCORPORAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO CADE

Como visto nas seções anteriores, a Teoria da *Failing Firm Defense*, ou a defesa da empresa em crise, propõe que, em determinadas circunstâncias, a aquisição de uma empresa falida por outra possa ser permitida, ou seja, que a autoridade antitruste concorde com a operação, mesmo que haja um aumento da concentração de mercado e potencialmente se reduza a concorrência. No Brasil, a aplicação dessa teoria no controle de atos de concentração realizado pelo CADE envolve a análise de requisitos.

Cabe ressaltar as diretrizes para o emprego da FFD no Brasil, expostas no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, como já visto em seção anterior. Sendo válida a sua rememoração, tem-se, portanto, cumulativamente, o seguinte: se negada a concentração, a empresa em crise sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em vista da crise econômico-financeira; sem a autorização para a concentração, os ativos da empresa sairiam do mercado, de modo a diminuir o bem-estar econômico, reduzir a oferta e gerar uma maior concentração de mercado; a empresa em crise tem de demonstrar esforços para encontrar alternativa com o menor prejuízo à concorrência. O Guia quanto a este último requisito sugere compradores alternativos ou até mesmo o protocolo de uma recuperação judicial (Brasil, 2016, p. 55).

No Brasil, o primeiro caso a ter a matéria discutida foi no ato de concentração n. 0016/1994, o qual tinha como parte a Siderúrgica Laisa S/A (Grupo Gerdau) e a Cia. Siderúrgica Pains (Grupo Korff GmbH). Nesse caso, a tese da FFD acabou sendo afastada, pois não ficou provado o estado de insolvência da Cia. Siderúrgica Pains, apesar disso, a operação obteve parcial aprovação. Empós, houve nova apreciação da matéria no ato de concentração n. 0044/1995, julgado em 1997, o qual envolvia a aquisição de ativos da empresa Mendes Júnior Siderurgia S.A. pela Siderúrgica Belgo-Mineira. Na ocasião, a teoria foi igualmente descartada, embora o ato tenha sido aprovado, já que os conselheiros entenderam que não houve a demonstração de que

a empresa buscou outros compradores razoáveis para a compra e não ficou claro se os ativos sairiam mesmo do mercado (Oliveira, 2014, p. 104-105).

Importa dizer, segundo Oliveira (2014, p. 106), que, em outros casos, a teoria foi aventada, porém rejeitada, muito embora tal fato não prejudicasse a aprovação do ato. Em algumas situações, houve a rejeição face à não demonstração de que os ativos foram oferecidos a outras empresas (A.C. 0092/1996; A.C. 08012.007374/1997-34), ou de que não estivesse realmente em situação insolvência (A.C 0084/1996):

Diversos casos que passaram pelo CADE ensejaram a discussão sobre a aplicação da teoria da empresa insolvente, a saber: Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Belgo-Mineira Participação, Indústria e Comércio Ltda. e Mendes Júnior Siderurgia S.A.; COFAP – Companhia Fabricadora de Peças, MAHLE Gmbh e Metal Leve; BAESA – Buenos Aires Embotelladora S.A., Pepsico – Pepsico Inc. e Companhia Cervejaria Brahma; Companhia Brasileira de Cartuchos e Amadeu Rossi S.A. Metalúrgica e Munições; TAM Linhas Aéreas S.A. e Pantanal Linhas Aéreas S.A., entre outros (Lima Filho, 2017, p. 12).

Quanto aos casos de aplicação efetiva da Teoria da Empresa Falida no Brasil, é possível indicar o julgamento do Ato de Concentração n. 08012.014340/2007-75, como o caso em que foi expressamente utilizada a teoria. Tal julgamento tratou da aquisição, pela Votorantim Metais Zinco S/A, dos direitos minerários da Massa Falida de Mineração Areiense S/A. Naquele momento, o CADE determinou que, mesmo com a concentração econômica resultante, a operação deveria ser autorizada, pois todas as alternativas menos prejudiciais à concorrência foram tentadas sem sucesso. A rejeição da operação implicaria a não utilização dos direitos minerários negociados, considerando a falência da empresa que os possuía (Mendes; Matias, 2018, p. 21). É importante a observação feita por Oliveira (2014, p. 107) sobre esse caso:

Deve-se observar, entretanto, que o caso não tratava exatamente de uma *failing company*, mas sim do que se pode chamar de uma *failed company*. A aquisição realizada pela Votorantim era de ativos referentes a uma massa falida, portanto empresa já inoperante. A teoria da *failing firm*, nas mais variadas jurisdições até aqui estudadas, não exige que a situação de crise empresarial chegue a tal ponto para poder ser considerada legítima a concentração econômica.

Tendo essa perspectiva, há que se analisar um caso de forma minudente a fim de conhecer os meios e fundamentos utilizados pela autoridade

antitruste quando da apreciação da operação: o Ato de Concentração n. 08700.00726/2021-08. Nesse ato, no qual figuraram como requerentes as empresas Oi S.A. (Oi), Claro S.A. (Claro) e a Telefônica S.A. (Telefônica) e Tim S.A (Tim), tinha como objeto a alienação dos ativos móveis do Grupo Oi para a Claro, Telefônica e Tim. É válido dizer que o Grupo Oi havia requerido a recuperação judicial, com fundamento na Lei n. 11.101/05.

Nesse contexto, importa mencionar que, no voto da conselheira Lenisa Rodrigues Prado, de 15/02/2022 (Brasil, 2022), sobre o ato de concentração, merece atenção o exame do qual se depreende que, *in casu*, a empresa Oi possuía um risco de se tornar insolvente e não conseguir honrar suas obrigações; a Oi demonstrou boa-fé, por meio de um rito judicial, ao buscar outros compradores, restando apenas os atuais; além disso, a não autorização da operação ocasionaria a saída dos ativos da Oi do mercado, de modo a prejudicar consumidores e a competição entre outras empresas. O voto em momento algum faz menção à Teoria da FFD, mas, como visto, faz o regular exame dos seus critérios.

É válido pontuar que, na apreciação, acrescentou-se que, a partir dos documentos validados por laudos de acompanhamento econômico-financeiro oriundos do processo de recuperação judicial da Oi, ficou demonstrado claramente que, sem a efetivação da operação, a situação ficaria incontrolável, podendo resultar na falência, de modo a ocasionar a inexistência futura de recursos financeiros “(...) para a realização de novos investimentos, como também não será possível garantir a sustentabilidade operacional de todos os serviços do Grupo Oi, com fortes impactos no mercado nacional de telecomunicações” (Brasil; CADE, 2019, p. 5). O voto ainda contou com uma análise de um cenário hipotético de insolvência do Grupo Oi:

Mais especificamente, em um cenário de insolvência do Grupo Oi, haveria (i) impacto em empregos diretos (aproximadamente, 38.000 colaboradores) e indiretos (aproximadamente 91.000 empregos); (ii) possível sucateamento de todos os ativos do Grupo Oi, em especial de sua infraestrutura de rede de telecomunicações; (iii) impacto fiscal da ordem de R\$ 5 bilhões ao ano; e (iv) descontinuidade dos serviços prestados pela Oi, com prejuízos para inúmeros outros serviços essenciais, como, por exemplo, pagamentos eletrônicos, compras online, sistemas previdenciário e financeiro, estabelecimentos de saúde, educação, segurança pública, agências dos correios e postos de atendimento bancários. (Brasil; CADE, 2019, p. 5)

Há que se destacar que, em um aspecto geral, o voto foi fundamentado na necessidade de evitar impactos econômicos e sociais adversos que poderiam resultar da insolvência do Grupo Oi. O voto destacou a importância de

preservar empregos, a infraestrutura e a continuidade de serviços essenciais, além de garantir um mercado competitivo e equilibrado. Assim, ao final, o voto foi pela aprovação do ato de concentração, impondo algumas condições, tais como um acordo para garantir a execução dos compromissos para finalizar a operação; adoção de critérios para a precificação dos serviços; abertura de inquérito, bem como de processo interno disciplinar.

Por fim, é possível verificar, no estudo do Parecer do A.C. da Oi (Brasil, 2021), que muito embora a Teoria da FFD não seja explicitamente mencionada, a análise do CADE reconhece a situação financeira crítica da Oi e a necessidade de uma solução que mantenha a estabilidade dos serviços de telecomunicações no Brasil. A operação foi aprovada com restrições, assegurando que os benefícios superam os potenciais danos à concorrência.

CONCLUSÃO

Em conclusão, há que se destacar que a Teoria da FFD é essencial para permitir a continuidade das atividades da empresa em crise que, de outra forma, não conseguiria atender aos requisitos tradicionais para a aprovação de atos de concentração. A aplicação dessa teoria é vital para equilibrar os Princípios de Preservação da Empresa e da Livre Concorrência, especialmente em situações em que a falência de uma empresa poderia resultar em impactos econômicos e sociais significativos.

O estudo evidencia que, no Brasil, o CADE já reconhece a Teoria da FFD e a inseriu em suas diretrizes para análise de atos de concentração horizontal. No entanto, a aplicação prática da teoria requer a comprovação cumulativa de critérios: a empresa deve demonstrar que, caso a operação seja reprovada, ela não poderá continuar operando devido às suas dificuldades financeiras; a empresa deve provar que não há outras opções viáveis que causem menos danos à concorrência, como a venda para outros compradores ou processos de recuperação judicial; e deve ser evidenciado que, sem a aprovação da operação, os ativos da empresa sairão do mercado, resultando em uma maior concentração e redução da oferta.

Além disso, sublinha-se que a Teoria da FFD foi aplicada em diversos casos no CADE, como na aquisição dos ativos móveis do Grupo Oi pela Claro, Telefônica e Tim, sendo fundamental para justificar a operação devido à situação financeira crítica da Oi.

Registre-se pela análise que, para uma aplicação mais eficaz da Teoria da FFD no Brasil, é necessário um conjunto claro de meios probatórios que possam ser utilizados pelas empresas para demonstrar os critérios exigidos, e isso inclui laudos econômicos, documentos financeiros e relatórios de acompanhamento que comprovem as condições da teoria.

Por fim, é preciso reforçar a importância de um aprofundado e estudo sobre a FFD no Brasil, considerando os precedentes do CADE, a fim de fornecer uma base sólida de orientação para as empresas em crise e seus defensores jurídicos, permitindo que operações de concentração sejam aprovadas mesmo em condições adversas, desde que cumpridos os critérios estabelecidos pelo CADE.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Parecer nº 11/2021/CGAA04/SGA1/SG/CADE*. Processo Administrativo n.º 08700.000726/2021-08. Requerentes: Claro S.A., Telefônica Brasil S.A., TIM S.A., Oi S.A. Terceiros Interessados: Algar Telecom S.A., Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas, Associação NEOTV, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Sercomtel Telecomunicações S.A. Brasília: CADE, 2021. Disponível em: <https://gov.br/cade>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Voto Ato de Concentração nº 1023783*. Conselheira Lenisa Prado. Brasília, DF: CADE, 2022. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º dez. 2011. Retificado em: 2 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 24 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Brasília, DF: CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda. *Portaria interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012*. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Gov.br, 30 maio 2012. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *International Shoe Co. v. FTC, 280 U. S. 291 (1930)*. Julgado em 06 jan. 1930. EUA: Supreme Court, 1930. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/280/291/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969)*. Julgado em 10 mar. 1969. EUA: Supreme Court, 1969. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice; Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Washington, D.C.: Department of Justice, 2010, p. 37. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. ISBN 978-65-260-1792-0.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. *A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 160.

LIMA FILHO, Gerardo Alves. *A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da Failing Firm Defense no Direito Concorrencial Brasileiro*. Brasília, DF: TJDF, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2017/a-juridicidade-e-os-parametros-para-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defense-no-direito-concorrencial-brasileiro-gerardo-alves-de-lima-filho>. Acesso em: 22 maio 2024.

LOPEZ-GALDOS, Marianela. Comparing the US & the EU Failing Firm Defense: Reflections from an Economic Perspective. *Loyola Consumer Law Review*, v. 28, n. 2/3, p. 297-332, 2016. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lyclr28&collection=journals&id=315&startid=&endid=350>. Acesso em: 9 jul. 2024.

GONÇALVES, Everton; PAMPLONA, Bruna. A aplicação da teoria da failing firm defense no Brasil. *Percuso – Anais do VIII CONBRADEC*, Curitiba, v. 2, n. 29, p. 1-27, 2019. DOI: 10.6084/m9.figshare.8345591. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/3486/371371915>. Acesso em: 19 jun. 2024.

MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. A aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da failing firm defense. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 9-36, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v33nlp9. ISSN: 2178-8189.

SERASA EXPERIAN. *Pedidos de recuperação judicial cresceram quase 70% em 2023, revela Serasa Experian*. São Paulo: Serasa Experian, 2024. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/analise-de-dados/pedidos-de-recuperacao-judicial-cresceram-quase-70-em-2023-revela-serasa-experian/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023.

ROSA, Maria Eduarda Fleck Da. *Teoria da Failing Firm no Brasil: Empresa em Crise e Concorrência*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022. ISBN 978-65-89904-82-3. Disponível em: <https://experteditora.com.br>. Acesso em: 7 jul. 2024.

Recebido: 21/02/2025

Aprovado: 14/04/2025

CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: UMA PERMISSÃO PARA ESTIGMATIZAR ADOLESCENTES?

*COMPLIANCE WITH SOCIO-EDUCATIONAL
ADMISSION MEASURE: A PERMISSION TO
STIGMATIZE ADOLESCENTS?*

Jailson Alves Nogueira¹
Erik Dênio Gomes de Oliveira Filho²

SUMÁRIO: Introdução. 1 Da escravidão à Constituição de 1988: o processo de estigmatização da adolescência no Brasil. 2 Estigmatização e controle social: o cumprimento de medida socioeducativa como óbice para o reconhecimento de direitos. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Bacharel em Direito pela UERN. Professor efetivo do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Vice-coordenador e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFERSA.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela UFERSA.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 inaugurou a Doutrina da Proteção Integral, mas não foi capaz de mitigar o processo de estigmatização de crianças e adolescentes privados de liberdade, o que remonta à Doutrina Menorista, inaugurada formalmente em 1927, com o Código de Mello Mattos, e reproduzida atualmente no contexto socioeducacional. O presente trabalho tem como objetivo analisar o processo de estigmatização de adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação. Inicialmente, buscou-se compreender o processo de estigmatização da adolescência, passando pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979, até adentrar na Doutrina da Proteção Integral e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Posteriormente, estudou-se a estigmatização social e institucional praticada contra adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação. Para tanto, foi realizada uma revisão de literatura, dialogando com autores que discutem a temática, bem como foram utilizados, de forma subsidiária, textos normativos que versam sobre os direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Foi possível concluir que há, desde os Códigos de Menores (1927 e 1979), um processo de estigmatização contra adolescentes em situação de vulnerabilidade, e isso é potencializado quando esses sujeitos praticam ato infracional e cumprem medida socioeducativa de internação.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescentes. Ato infracional. Estigmatização. Internação. Socioeducação.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 inaugurated the Doctrine of Integral Protection, but was not able to mitigate the process of stigmatization of children and adolescents deprived of liberty, which dates back to the Minorist Doctrine, formally inaugurated in 1927, with the Code by Mello Mattos and currently reproduced in the socio-educational context. The present work aims to analyze the process of stigmatization of adolescents who undergo socio-educational hospitalization measures. Initially, we understand the process of stigmatization of adolescence, going through the Minor Codes of 1927 and 1979, until we enter the Doctrine of Integral Protection and the Statute of Children and Adolescents (ECA). Subsequently, we studied the social and institutional stigmatization practiced against adolescents who completed a socio-educational hospitalization measure. To this end, we carried out a literature review, dialoguing with authors who discuss the topic, as well as using, in a subsidiary way, normative texts that deal with the rights of children and adolescents in Brazil. It was possible to conclude that there has been, since the Codes for Minors (1927 and 1979), a process of stigmatization against adolescents in vulnerable situations, and this is heightened when these subjects commit an infraction and comply with a socio-educational measure of admission.

KEYWORDS: Teenagers. Infractional act. Stigmatization. Admission. Socioeducation.

INTRODUÇÃO

Apesar de a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) romperem com as concepções estigmatizantes dos Códigos de Menores de 1927 e 1979, ainda hoje percebemos um movimento no sentido de afastar a Doutrina da Proteção Integral e (re)implantar a Doutrina Menorista que, formalmente, esteve presente no Brasil até o processo de redemocratização. Diante desse cenário, o foco do nosso trabalho é analisar o processo de estigmatização de adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação, destacando como esse fenômeno ocorre dentro e fora do sistema socioeducativo, sobretudo contra sujeitos em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Para tanto, faremos uma abordagem bibliográfica e documental, explorando autores que discutem o Direito da Criança e do Adolescente e o fenômeno da estigmatização da adolescência. Também subsidiaremos nosso trabalho com textos normativos, principalmente a conceituação da Doutrina da Proteção Integral, disposta na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, remetendo-nos a categorias e conceituações difundidas pelos Códigos de Menores de 1927 (Doutrina Menorista) e 1979 (Doutrina da Situação Irregular).

Incialmente, compreenderemos o processo de estigmatização de adolescentes, remetendo-nos ao período de escravidão das pessoas negras, o que acabou por contribuir, até hoje, para a disseminação de uma cultura de ódio e preconceito contra crianças e adolescentes historicamente marginalizados e que tiveram seus direitos negados. Posteriormente, estudaremos as estratégias utilizadas pela sociedade e instituições estatais para estigmatizar e controlar o comportamento de adolescentes que cumprem medida socioeducativa, sobretudo a medida de internação.

Há de se ressaltar, no entanto, que este trabalho não busca esgotar as complexidades que envolvem a temática da estigmatização de adolescentes em conflito com a lei ou realizar um estudo historiográfico, mas, sim, iniciar uma reflexão sobre os processos históricos, sociais e institucionais que colaboraram para a sua reprodução, sobretudo no contexto da medida socioeducativa de internação.

1 DA ESCRAVIDÃO À CONSTITUIÇÃO DE 1988: O PROCESSO DE ESTIGMATIZAÇÃO DA ADOLESCÊNCIA NO BRASIL

A Doutrina da Proteção Integral foi inaugurada com a Constituição Federal de 1988, sendo ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

em 1990. Apesar da previsão constitucional e legal, direitos de crianças e adolescentes ainda carecem de materialização, o que acaba por restringi-los, portanto, ao plano formal. O empecilho para efetivar direitos desses sujeitos ainda se deve, sobretudo, ao histórico processo de estigmatização, com fortes resquícios do período da escravização das pessoas negras.

A mudança de modo de produção, do escravista para o capitalista, trouxe mudanças significativas para a sociedade, sobretudo na mudança de narrativa. A principal delas era a de que as pessoas negras estariam libertas, encerrando a sua escravidão. Mas o que percebemos foi somente uma mudança no processo de colonização e opressão contra as pessoas negras. Era, sim, mais uma estratégia imperialista. Se, antes, as pessoas negras escravizadas estavam, predominantemente, na zona rural, sobrevivendo em fazendas que adotavam a mão de obra escrava, com a imposição do capitalismo, os fazendeiros se viram obrigados a libertar os negros para torná-los produtores e consumidores ao mesmo tempo.

A mudança da zona rural para a zona urbana não aconteceu de forma natural, foi imposta pelo modelo de produção que se instalava nas grandes cidades. Em busca de trabalho, encorajados pelo fim da escravidão, negros e negras passaram a habitar as cidades. As fábricas receberam grande parte dessas pessoas, aplicando jornadas de trabalho exaustivas. Sem estrutura de moradia, os pais se viam obrigados a compartilhar o espaço insalubre das fábricas com seus filhos. Tratava-se de uma estratégia de divisão de trabalho, delimitando o trabalho do negro (subemprego) e o trabalho do branco, que ficavam com os melhores empregos e com os salários mais altos (Moura, 2022).

Houve, desse modo, uma abolição formal da escravatura, mas, do ponto de vista social, as famílias negras continuavam na marginalização (Lima; Veronese, 2012), sendo exploradas pelas classes dominantes. Tudo isso refletiu na adolescência, que vivia das fábricas às ruas das cidades. Dessa forma,

[...] a transição da escravidão para o trabalho livre não viria significar a abolição da exploração das crianças brasileiras no trabalho, mas substituir um sistema por outro considerado mais legítimo e adequado aos princípios norteadores da chamada modernidade industrial (Priore, 1999, p. 91).

Dante desse cenário, os pais das crianças tinham, basicamente, duas opções: deixar as crianças e adolescentes em casa, sem nenhuma assistência, ou levá-las para o chão das fábricas. Como muitas famílias evitavam que os filhos tivessem contato com o ambiente inóspito fabril, o abandono familiar era o que predominava. Surge, assim, outro problema: crianças e adolescentes negras, abandonadas por seus pais, passaram a frequentar os espaços urbanos,

até então ocupados, em sua maioria, por pessoas brancas e de uma elite dominante, há pouco tempo proprietária dessas pessoas. Em suma, eram os escravagistas tendo que dividir espaço com os ex-escravizados. Estábamos, desse modo, diante de uma luta de classes. O processo de estigmatização da elite branca e escravocrata contra crianças e adolescentes negras filhas de escravizados estava posto, refletindo na elaboração do Código de Mello Mattos, em 1927 (primeiro Código e Menores).³

Diante desse cenário de *apartheid*, o Estado criou o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM), cujo objetivo era dar assistência aos “menores” e “desvalidos”. Tratava-se de um instrumento para conter a estigmatização e repressão que predominavam na sociedade contra crianças e adolescentes pobres. Mas a “assistência” não poderia ser aleatória, precisava obedecer a alguns critérios para que as crianças e os adolescentes recebessem a tutela do Estado. Desse modo, “criaram uma categoria jurídica, discriminadora e estigmatizante para definir quais crianças e adolescentes seriam as amparadas por essa nova normativa, as que estivessem em ‘situação irregular’” (Lima; Veronese, 2012). O SAM se notabilizou como o embrião da Doutrina da Proteção Irregular, que foi institucionalizada pelo Código de Menores no final da década de 1979.

O Código de 1927 não foi capaz de incentivar a criação de políticas públicas eficazes para a infância e juventude. Assim, em 1964, logo após o Golpe Civil-Militar, foi criada a Política do Bem-Estar do Menor (PNBEM), que extinguiu o Serviço de Atendimento ao Menor e instituiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). A Política do Bem-Estar do Menor nada mais era do que um instrumento para controlar os corpos⁴ de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, sobretudo as negras provenientes do espaço rural escravagista.

A Política do Bem-Estar do Menor foi pulverizada para os estados da federação, acarretando a criação das Fundações Estaduais do Bem-Estado do Menor (FEBEM). As FEBEMs também não trouxeram grandes contribuições na efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Pelo contrário, ficaram conhecidas como instituições estigmatizantes, repercutindo, até hoje, no sistema socioeducativo. A associação das FEBEMs ao sistema socioeducativo é reflexo de uma mudança de sigla em detrimento de uma mudança de doutrina. Mesmo com a Doutrina da Proteção vigente, as práticas no sistema socioeducativo são influenciadas pela Doutrina Menorista, que outrora foi aplicada nas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor.

³ O termo “menor”, institucionalizado pelo Código de Menores de 1927 e (re)afirmado pelo Código de 1979, era um termo depreciativo, que significava inferiorização de crianças e adolescentes. Ou seja, por si só, o termo já era estigmatizante, pois via os sujeitos como inferiores, menores do que outros. O termo foi extinto com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁴ Foucault (1987) fala em disciplinar e controlar corpos.

O Código de 1927 e toda a política do Bem-Estar do Menor ruíram, emergindo a necessidade de se criar novos instrumentos jurídicos e políticos para enfrentar o problema da marginalização de crianças e adolescentes pobres. Diante disso, foi promulgado, em 1979, o “novo” Código de Menores, o qual inaugurou a Doutrina da Situação Irregular, “que, não muito diferente da concepção vigente no antigo Código de 1927, expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza” (Rizzini; Rizzini, 2004).

O novo código não trouxe inovações acerca do sistema de garantia de direitos, porém apresentava limitações às crianças e aos adolescentes pobres, enquadrando-os em categorias estigmatizantes como “desvalidos”, “subversivos”, “criminosos” etc. Objetivando retirá-los do espaço urbano, logo foi instaurada a crise de segurança pública sobre sua responsabilidade, ou seja, os filhos de ex-escravizados passaram a ser responsabilizados pelos ilícitos praticados nos centros urbanos do país (Lima; Veronese, 2012).

A Doutrina Menorista e a Doutrina da Situação Irregular, fundamentadas nos Códigos de 1927 e 1979, respectivamente, não se mostraram capazes de enfrentar as vicissitudes da adolescência, reduzindo-se a estigmatizar pessoas em vulnerabilidade e em estágio peculiar de desenvolvimento. É notório que o Código de 1979 apenas deu continuidade aos ideais menoristas do Código de 1927, sem proporcionar a criação de políticas públicas eficazes para a infância no Brasil. Portanto,

Embora apresentada como novidade e adotada pelos reconhecidos juristas como “a doutrina brasileira”, é preciso destacar que, a concepção de situação irregular já esgotava nesta época suas potencialidades históricas pela própria incapacidade de resolver os problemas que selecionava como relevantes. Além disso, convivia com margem de outros problemas não esperados, nem previstos e, em regra, desprezados como significativos o suficiente para serem estudados e concretizados (Custódio, 2008, p. 24).

É somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que rompemos, formalmente, com o viés jurídico-social estigmatizante contra crianças e adolescentes vulneráveis. A Doutrina da Proteção Integral, prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, condena todo tipo de concepções preconceituosas e estigmatizantes contra esses sujeitos. Mas, como mencionamos, essa mudança de doutrina foi somente do ponto de vista formal, com muito caminho a ser seguido para materializarmos a efetivação de direitos e eliminarmos o preconceito. Ou seja, não erradicamos os preconceitos da sociedade, muito menos das instituições que atuam com crianças e adolescentes. O sistema socioeducativo, por exemplo, teve seu viés pedagógico assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil,

1990). Não cabe, portanto, a aplicabilidade, no sistema socioeducativo, de uma pedagogia da violência/punitivista e segregadora, já que essa concepção acaba por estimular a estigmatização de adolescentes que cumprem medida socioeducativa.

Isso muito se deve ao fato de que a prática de atos infracionais gera um sentimento de desconfiança sobre adolescentes que cumpriram medida socioeducativa, sobretudo a de meio fechado, passando a vê-los como sujeitos que já “tiraram cadeia”. Diante disso, os espaços educacionais, profissionais, sociais e de lazer são negados, desmotivando-os a seguir uma carreira longe das práticas ilícitas (Vidal, 2017).

A estigmatização contra adolescentes não se restringe ao sistema socioeducativo, ela se expressa antes, durante e após o cumprimento da medida, encontrando uma pseudojustificativa na condição biológica, histórica, socioeconômica, racial, entre outras. Dessa forma,

A idéia de inadequação dos indivíduos, forjada pelos mecanismos do controle penal, entretanto, acaba por revelar sua vocação estigmatizadora, manuseada para a reprodução da violência estrutural. Constatadas as seletividades quantitativa e qualitativa como pressupostos da atuação do sistema penal, salta aos olhos um instrumento que, pelo uso ostensivo da violência, opera em todo o mundo, em prejuízo dos grupos vulneráveis, visando a manutenção do *status quo* (Flauzina, 2006, s. p.).

Diante disso, é urgente rompermos com a noção de que o processo de estigmatização é um processo natural e que deve ser a resposta para a prática de alguma atividade ilícita. Não podemos conceber que a prática de um ato infracional, por exemplo, seja utilizada para justificar a estigmatização de algum sujeito ou grupo social. Assim, a transgressão à lei, por si só, não deve ser vista como ponto motivador da estigmatização.

É importante observarmos que a estigmatização de um grupo pode ocorrer sem ele estar envolvido com práticas ilícitas. Por outro lado, pessoas podem praticar crimes sem ter sofrido algum processo de estigmatização.⁵ Mesmo sem haver, necessariamente, uma vinculação, o jurídico e a estigmatização se inter-relacionam, com o jurídico servindo para afirmar estigmas, e os estigmas sendo utilizados para fundamentar decisões jurídicas (Goffman, 1988).

A Doutrina da Proteção Integral também se preocupou em ressignificar conceitos estigmatizantes propalados pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979. Está inserida nesse contexto a mudança da categoria crime para ato

⁵ Estereótipos sobre questões socioeconômicas, territoriais ou de raça podem influenciar na estigmatização de “pessoas sem quaisquer condutas transgressor”, ao reduzir suas condições humanas a preconceitos (Nogueira; Oliveira Filho, p. 76, 2024).

infracional, pois, se a prática de crime tem no Código Penal e na legislação penal extravagante como leis de referência, o adolescente que praticar ato infracional estará sujeito às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mesmo essa mudança de terminologia jurídica não contribuindo para diminuir a estigmatização de adolescentes que cumprem medida socioeducativa, não se trata de mero preciosismo legislativo, mas de uma demarcação, ainda que formal e simbólica, de que crianças e adolescentes não podem ser vistos pelas lentes do sistema penal e do sistema penitenciário brasileiro.

A mudança terminológica não tem impedido a forte associação de adolescentes ao sistema penal. Exemplo notório é quando se encerra o cumprimento da medida. Eles são rotulados com expressões como “ex-presidiários”, “criminosos”, “bandidos”, “delinquentes”. Adjetivá-los dessa forma não é por acaso, mas uma tentativa de considerá-los como pessoas anormais (Foucault, 2001), que não se enquadram dentro dos parâmetros estabelecidos jurídica e socialmente. É preciso marcá-los como criminosos para marginalizá-los.

Isso acaba criando uma cultura da repressão contra adolescentes em situação de vulnerabilidade, aflorando, no seio estatal e social, um sentimento punitivista, uma guerra de “nós” (sujeitos sociáveis, normais, cidadãos de bem) contra “eles” (sujeitos anormais, monstros, criminosos). Assim, aqueles que fogem da regra estabelecida pelos dominantes passam a ser estigmatizados e concebidos como *outsiders* (Elias, Scotson, 2000). Em outras palavras, quem pratica algo ilícito é diabolizado por carrascos, sob a justificativa de que

Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados (ou notados como “diferentes” e estigmatizados por sua não-conformidade, como no caso de grupos desviantes legais como os músicos de casa noturna). Essa tarefa em geral é atribuição dos impositores profissionais, os quais, ao impor regras já existentes, criam desviantes particulares que a sociedade vê como *outsiders* (Becker, 2008).

Ao estigmatizar adolescentes, atinge-se aspectos identitários que não podem passar despercebidos. Para tanto, concebemos identidade a partir das ideias de Stuart Hall, a qual se forma do diálogo entre o “eu” e a sociedade. Essa é a concepção sociológica. Além da sociológica, Hall também pontua que há uma “concepção iluminista” e outra “pós-moderna” (Hall, 2006). Por uma questão de recorte metodológico e epistemológico, adotamos a concepção sociológica definida anteriormente.

A partir dessa noção de que o “eu” está em diálogo com a sociedade, acreditamos que a identidade dos adolescentes que cometem atos infracionais

sofre influência da sociedade. A influência poderia ser positiva, mas, diante de uma cultura punitivista e segregadora, o que vem à tona é a estigmatização, seja no sistema socioeducativo, na escola, na igreja, cada uma à sua maneira, levando em consideração um contexto específico. Essas tensões identitárias ocorrem porque “dentro de nós há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas” (Hall, 2006, p. 13).

A multiplicidade e volatilidade da identidade de adolescentes estigmatizados e que, muitas vezes, estão em situação de vulnerabilidade podem ser utilizadas em dois sentidos: tanto para angariá-los para atividades lícitas como também possibilita que grupos criminosos os cooptem para praticar atos infracionais. Ou seja, a identidade pode sofrer interferências positivas e negativas, a depender do contexto e de quem está atuando para moldá-la temporariamente.

Não podemos negar a mutabilidade da identidade, porque “a identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia”. Além disso, “ela muda de acordo com a forma como o sujeito é interpelado ou representado, a identificação não é automática, mas pode ser ganhada ou perdida” (Hall, 2006, p. 13 e 21).

Associar-se a ou afirmar uma identidade não aceita socialmente, seja a da prática de atos infracionais ou qualquer outra que frustre princípios de uma sociedade conservadora e que se ache superior, possibilita que a estigmatização se expresse fortemente. A vestimenta, as gírias, a cor da pele ou qualquer outra característica que fuja do padrão social (em regra, padrão de homem branco, hétero e de bens) são características potencialmente estigmatizáveis.

2 ESTIGMATIZAÇÃO E CONTROLE SOCIAL: O CUMPRIMENTO DÉ MEDIDA SOCIOEDUCATIVA COMO ÓBICE PARA O RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Adolescentes em situação de vulnerabilidade socioeconômica sofrem controle social diuturnamente, sobretudo quando saem das suas “quebradas” e passam a frequentar espaços que, estrategicamente, foram pensados para não serem frequentados por essas pessoas. A sociedade exerce frequentemente um controle social sobre os adolescentes que cometem atos infracionais, estigmatizando-os ou inibindo sua humanidade. Muitas vezes, o sujeito não sabe o que está ensejando a sua estigmatização. Mas isso não acontece por acaso. Trata-se de uma estratégia. É preciso esconder a condição que o torna estigmatizado, pois “se seu estigma for conhecido, os normais tendem a ver sua liberdade como uma constante ameaça à ordem, situação capaz de alterar profundamente seu relacionamento com a sociedade” (Dias, 2011). Portanto,

apontar que um adolescente está sendo estigmatizado pela vestimenta pode orientá-lo a mudar seu estilo. Após a mudança, seu trânsito na sociedade poderia ser uma ameaça para o sujeito ou grupo que o estigmatizou.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente devem balizar os direitos de crianças e adolescentes no Brasil, e não valores e princípios morais fixados a partir de argumentos substantivos. Nesse sentido, a Doutrina da Proteção Integral não pode ser derrotada por meio de argumentos substantivos (morais). A família, a sociedade e o Estado devem dar proteção integral, com foco no melhor interesse e com prioridade absoluta (Brasil, 1988), fugindo do clamor social punitivista.

A disputa entre estabelecidos (estigmatizantes) e *outsiders* (estigmatizados) também é influenciada pela territorialidade e pertencimento. Em quem mora no mesmo local e compartilha das mesmas angústias, o processo de estigmatização tende a ser menos intenso, pois existe um sentimento de união, coletividade e solidariedade no grupo que historicamente sofre com preconceitos e violações de direitos. Em regra, a estigmatização ocorre de fora para dentro, buscando diminuir a humanidade dos sujeitos e os considerando como *outsiders*, mas também pode se expressar dentro de um mesmo grupo social, sobretudo quando há interesses conflitantes entre sujeitos.

Um ambiente onde predomina a estigmatização compromete as relações sociais e infertiliza o crescimento de quem lá habita. Quando se trata de adolescentes em estágio peculiar de desenvolvimento, o impacto da estigmatização social e estatal tende a ser mais forte, interferindo em aspectos sociais/comportamentais e psicológicos. Isso se potencializa quando o estigma se direciona a adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação, já que

a tolerância da comunidade e a proteção do Estado são indicadas pela psicologia do desenvolvimento humano, que mostra a necessidade de aprendizagem dos limites normativos, e pela criminologia contemporânea, que afirma o desaparecimento espontâneo desse comportamento. Ao contrário, a intervenção segregante do Estado produz todos os efeitos negativos da prisão: rotulação, estigmatização, distância social e maior criminalidade (sic) (Santos, 2001, p. 92-93).

Mas não é somente isso que incentiva estigmas, há outros fatores, dentre os quais a questão racial. Como bem pondera Ortega (2018), é importante diminuirmos o fosso existente entre o debate da socioeducação e o das questões raciais. É essencial concebermos que elas estão imbricadas, sobretudo porque, historicamente, pessoas negras passaram por um processo de escravização que repercute até hoje na sociedade, nos presídios, no sistema socioeducativo, nas escolas, na universidade, no mercado de trabalho etc.

Acerca da estigmatização de pessoas negras nos ambientes de restrição de liberdade (sistema penitenciário e sistema socioeducativo), denotamos que

para além do extermínio imediato, o encarceramento e o estigma produzidos pelo sistema penal (incluindo também o socioeducativo) também são formas perversas de eliminar ou reduzir ainda mais o valor da vida destes indivíduos que são majoritariamente negros (Ortega, 2018, p. 49).

Como bem mencionado anteriormente, o sistema socioeducativo não está imune a essa política, porque o Estado, legalmente responsável por garantir a reeducação de adolescentes institucionalizados em unidades socioeducativas, por meio de seus agentes públicos, utiliza-se da violência física, moral e simbólica para estigmatizar adolescentes dentro do ambiente socioeducativo.

Pensado para reeducar, contribuir para a emancipação e afirmar o sistema de garantias de direitos de adolescentes que cometem atos infracionais, o sistema socioeducativo materializa punição e discriminação, assemelhando-se ao sistema penitenciário, fincado em conceitos menoristas estigmatizantes. Combater a discriminação oficial e institucionalizada é desafiador, é uma mudança de paradigma que passa por questões históricas, raciais, sociais, culturais e até por questões físicas de um punitivismo seletivo que busca disciplinar⁶ e controlar⁷ adolescentes.

Essa seletividade é expressa porque “alguns signos que trazem informação social, cuja presença, inicialmente, se deve a outras razões, têm apenas uma função informativa superficial” (Goffman, 1988, p. 41). Mesmo o processo de estigmatização emergindo por diversas facetas e fatores, são as marcas físicas/corporais que mais surgem como “timbre” que denota o sujeito passível de estigmatização. É importante destacarmos que “as marcas no pulso que revelam que um indivíduo tentou o suicídio; as marcas no braço do viciado em drogas; os punhos algemados dos prisioneiros em trânsito; ou mulheres que aparecem em público com um olho roxo” (Goffman, 1988, p. 41).

Essas marcas também podem ser observadas quando um adolescente negro que cumpriu medida socioeducativa de internação é rapidamente associado a um território, em regra, as periferias das grandes cidades. São vistos como pessoas potencialmente perigosas. A criminalização da periferia

⁶ Foucault (1987) preceitua que a disciplina se expressa na família, na escola, na fábrica e nas prisões. No sistema socioeducativo não é diferente, os adolescentes são diariamente cobrados para ter “disciplina”.

⁷ Deleuze (1992) vai além do conceito da Sociedade Disciplinar de Foucault. Ele acredita que estamos numa sociedade de controle, sendo monitorados, a todo momento, por pessoas, câmeras, agentes do Estado e família. E é justamente esse controle que subsidia o processo de estigmatização de pessoas consideradas *outsiders*. Controla, mapeia e identifica a “desumanidade” do sujeito e passa a considerá-lo como estranho e desumano. Para mais detalhes, consultar Deleuze (1992).

é um processo também associado à questão racial e econômica, pois quem habita esses espaços, em sua maioria, são pessoas negras marginalizadas socialmente.⁸ Pessoas negras, de periferia e que já foram institucionalizadas (no sistema socioeducativo ou em prisões) recebem passaportes para sofrer com extermínio e práticas estigmatizantes.

os diferentes estigmas que foram lançados sobre as periferias, justificam uma série de tecnologias que as vigiam, conduzem, iludem, oprimem, humilham, classificam, sugam até a última gota de suor. Vistas com indiferença quando seguem a norma, são criminalizadas quando pisam fora da linha. Este é um dos principais papéis do estigma, como já vimos. O estigma do “menor infrator” está junto desse pacote. Se olharmos atentamente, iremos constatar que as pessoas a encherem os presídios, assim como os jovens que estão em medida socioeducativa, em meio aberto ou fechado, são das zonas pobres das grandes cidades, ou seja, existe uma seleção do sistema de justiça (Vidal, 2017, p. 150).

Num cenário de violações, discriminações e incertezas, os adolescentes estigmatizados precisam provar, constantemente, a sua condição de sociabilidade após cumprirem medida socioeducativa em meio fechado, erroneamente comparada à pena de prisão. O processo de desumanização/bestialização dos sujeitos tem como objetivo apontar a responsabilização pelos crimes violentos e reforçar a exposição de pessoas negras, que são, em regra, os sujeitos que cumprem pena e medida socioeducativa de internação (Flauzina, 2006). Ainda de acordo com a autora,

É a partir desse processo de bestialização que os estigmas reforçados pela exposição diurna da massa negra, vendida como a autora natural dos crimes violentos e cruéis nos telejornais de todo o país, vão se solidificando numa concepção binária dos conflitos, dentro da arena dividida entre o bem e o mal, pelo visível resgate do que já fora o homem e a coisa, o senhor e o escravo (Flauzina, 2006, s. p.).

Depois que cristalizar e difundir a estigmatização de determinado grupo, a desconstrução do estigma torna-se desafiadora por se tratar de um comportamento que não aponta, expressamente, “os defeitos” dos sujeitos que “justificam” a sua estigmatização. Em suma, o estigmatizante diz ao estigmatizado que não o reconhece, mas sabemos que há diversos fatores por trás, como a questão racial, social, econômica, territorial etc., que servem como álibi do estigmatizador.

⁸ Isso não significa que a maioria das pessoas que moram nas periferias pratique atividades ilícitas. Pelo contrário, como bem pondera Barker (2008), periferia não se resume à violência e criminalidade.

Mesmo não sendo comum a estigmatização acontecer entre pessoas que convivem em mesmo nicho social e compartilham boa parte dos problemas, como mencionamos, há locais em que ela pode ocorrer. O ambiente socioeducativo é um desses espaços, sobretudo em unidades que têm a presença de facções criminosas. Os adolescentes internados compartilham muitos problemas, tanto no que se refere à convivência, quanto aos aspectos psicossociais. Mas a disputa por espaço nas atividades ilícitas (disputa entre facções) também acaba por motivar que um grupo passe a não reconhecer a existência do outro, inclusive, lutando pelo seu extermínio.

Não podemos perder de vista que isso também se deve ao fato de os adolescentes serem encorajados e “cobrados” pelos grupos facciosos.⁹ Nesse caso, uma facção criminosa vê a outra como estranha (*outsider*) aos seus interesses ilícitos/criminosos. Assim, surge uma relação entre estabelecidos e *outsiders* (Elias; Scotson, 2000).

A estigmatização não atinge somente esses aspectos. É importante também destacarmos que ela interfere na questão empregatícia dos adolescentes que cumpriram medida socioeducativa, pois a passagem pela “cadeia” não os credencia a exercer um trabalho lícito. Há, nesse caso, uma quebra de confiança e o processo de estigmatização é potencializado e definidor para a carreira profissional de um adolescente, abrindo espaço, assim, para a sua cooptação e atuação em atividades ilícitas (Dias, 2011). É a partir desse “vácuo” que as facções criminosas passam a atuar e efetivar direitos de adolescentes de forma violadora.

O estigma também pode produzir um efeito indutor, estigmatizando quem está próximo ao estigmatizado originário. Se uma pessoa sofre com essa prática, quem estiver a seu redor também poderá ser estigmatizado. Importa pontuar que precisa haver uma certa similaridade socioeconômica entre eles, já que uma pessoa branca e rica dificilmente será estigmatizada por estar perto de uma pessoa negra, pobre e de periferia.

Estigmatizar pessoas não é uma prática nova. Foi e é bastante usada sob a vã concepção de se buscar a higienização do espaço, segurança e harmonia social. Porém, sabemos que não passa de uma prática opressiva, colonizadora e imperialista, cujo objeto é manter os privilégios das classes dominantes às custas da subalternização dos indivíduos.

A Doutrina da Proteção Integral, por combater o viés jurídico punitivista e segregador contra crianças e adolescentes, vem sofrendo ataques. O objetivo não é outro senão criminalizar a pobreza. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446, de 2005, ingressada pelo Partido Social Liberal (PSC), é um exemplo dessa prática. A ação tinha o intuito de restringir a liberdade de crianças e adolescentes em vulnerabilidade socioeconômica.

⁹ Para mais informações acerca dessa discussão, consultar Nogueira (2018 e 2020).

Em outras palavras, queria, de forma velada, a (re)implantação da Doutrina Menorista e da Situação Irregular, preconizadas pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979. O Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente em agosto de 2019.¹⁰

CONCLUSÃO

Mesmo com a promulgação de documentos normativos relevantes como a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, é notório o processo de estigmatização desses sujeitos, sobretudo aqueles que se encontram em vulnerabilidade socioeconômica, que são, em regra, os mesmos que estão no sistema socioeducativo.

Da nossa análise, foi possível perceber que a estigmatização de adolescentes pobres não é uma prática nova, ela tem raízes no período de escravização das pessoas negras, passando pela Revolução Industrial e replicando-se nos Códigos de Menores de 1927 e 1979, quando predominava a Doutrina Menorista, com viés preconceituoso e estigmatizante. Também, mesmo com a Doutrina da Proteção Integral, a estigmatização de crianças e adolescentes não foi erradicada, sendo que a prática do ato infracional entrou como elemento potencializador desses estigmas, visto que esse segmento social, historicamente, é acusado, erroneamente, pela crise de segurança pública do país.

Uma vez praticado ato infracional, os adolescentes não só cumprem medida socioeducativa, mas são condenados a viver a sua marginalização, vistos como “ex-presidiários”, “bandidos”, “vagabundos” e demais adjetivações preconceituosas. Essa estigmatização ocorre antes, durante e após o cumprimento da medida socioeducativa, perdurando e interferindo nos aspectos psicológicos, simbólicos, sociais e profissionais de adolescentes.

Portanto, resta evidenciado que adolescentes que cumpriram medida socioeducativa, sobretudo a de internação, passam por um processo de estigmatização, praticado tanto pelo Estado, por meio de seus agentes dentro e fora das instituições de socioeducação, quanto pela sociedade, que passa a vê-los como meros objetos de intervenção e não como sujeitos de direitos e deveres, reflexo de uma política segregacionista e racista do sistema escravocrata.

REFERÊNCIAS

BARKER, Gary T. *Homens na linha de fogo*: juventude, masculinidade e exclusão social. Tradução de Alexandre Arbex Valadares. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008.

¹⁰ Para mais detalhes acerca dessa discussão, consultar Nogueira (2022).

BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, n. 29, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 10 out. 2022.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle*. Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/81001/mod_resource/content/1/TC%20Post%20scriptum%20sobre%20as%20sociedades%20de%20controle.pdf. Acesso em: 23 set. 2022.

DIAS, Iris de Mel Trindade. Estigmas e Ressocialização – uma análise sobre direitos humanos e reintegração de adolescentes em conflito com a lei. *Videre*, Dourados, MS, ano 3, n. 6, p. 87-109, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1050>. Acesso em: 27 set. 2022.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os *Estabelecidos e os Outsiders*: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-9175). Trad. Eduardo Brandão. – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 243. (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5). Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99635>. Acesso em: 23 jun. 2022.

MOURA, Clóvis. Escravismo, Colonialismo, Imperialismo e Racismo. *Revista Afro Ásia*, Salvador, n. 14, 1984. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20824/13425>. Acesso em: 19 set. 2022.

NOGUEIRA, Jailson Alves. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 17, n. 2, 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp>. Acesso em: 20 set. 2022.

NOGUEIRA, Jailson Alves; OLIVEIRA FILHO, Erik Dênio Gomes de. Quem são os adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo em Mossoró/RN? *Revista da AGU*, [S. l.], v. 23, n. 4, 2024. DOI: 10.25109/2525-328X.v.23.n.4.2024.3503. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3503>. Acesso em: 11 fev. 2025.

ORTEGAL, Leonardo. Questão racial e sistema socioeducativo. Uma introdução ao debate. In: BISINOTO, C.; SILVA, D. R. (Orgs.). *Socioeducação: vivências e reflexões sobre o trabalho com adolescentes*. Curitiba: Editora CRV, 2018.

PRIORE, Mary Del (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. O adolescente infrator e os direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32/33>. Acesso em: 24 set. 2022.

VIDAL, Alex. Os jovens em conflito com a lei: construindo vidas descartáveis. In: *Socioeducação: fundamentos e práticas*. Organizadoras: Carmem Maria Craidy; Karine Szuchman. 2. ed. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2017.

Recebido: 25/03/2025

Aprovado: 16/04/2025

O PAPEL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO E A INFLUÊNCIA DAS ELITES E DOS GRUPOS DE PRESSÃO NO FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE ROLE OF THE TAX SYSTEM AND THE
INFLUENCE OF ELITES AND INTEREST GROUPS
IN THE FINANCING OF PUBLIC POLICIES*

Jeferson Teodorovicz¹

Maurin Almeida Falcão²

Mila Kothe³

1 Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Doutorado em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Gestão Contábil e Tributária pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de graduação e mestrado da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

2 Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris 11-Sud (França). Mestre em Administração Tributária pela Universidade de Paris IX-Dauphine (França). Aperfeiçoamento em Gestão das Finanças Públicas no Institut International d'Administration Publique/ENA (França). Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB). Professor do mestrado em Políticas Públicas e Governo da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas.

3 Mestranda em Políticas Públicas e Governo pela Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV). MBA em Direito do Estado e da Regulação pela FGV (Brasília). Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e em Direito Administrativo Disciplinar pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bacharela em Direito pela União Pioneira de Integração Social (UPIIS) e em Ciências Políticas pela Universidade de Brasília (UnB). Procuradora da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tributação e políticas públicas. 2. A teoria das elites, dos grupos de pressão e os efeitos da ilusão fiscal. 2.1. A teoria das elites e dos grupos de pressão. 2.2. O uso estratégico da ilusão fiscal. 3. Sistema tributário e grupo de pressão. 3.1. Estudo de caso. Conclusões. Referências.

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre os aspectos estratégicos da tributação para o financiamento de políticas públicas. Com esse intuito, abordar-se-á a teoria das elites, dos grupos de pressão e o conceito de ilusão fiscal para tratar do sistema tributário e das estratégias utilizadas por contribuintes que influenciam a tomada de decisões sobre políticas públicas, obtendo, assim, vantagens tributárias. Para tanto, recorrer-se-á à Lei n. 14.057, de 2022, como exemplo dessa estratégia utilizada. Na elaboração do artigo, utilizou-se o procedimento de revisão bibliográfica e estudo de caso. O trabalho conclui que a influência exercida pelos grupos de pressão perpetua desigualdades e compromete o equilíbrio fiscal, sendo a complexidade do sistema tributário e a má percepção da incidência tributária utilizadas para influenciar o Parlamento na concessão dos benefícios.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Políticas públicas. Benefícios tributários. Teoria das elites. Grupos de pressão. Ilusão fiscal.

ABSTRACT: This paper discusses the strategic aspects of taxation for financing public policies. To this end, it will address elite theory, interest groups, and the concept of fiscal illusion to examine the tax system and the strategies used by taxpayers to influence public policy decisions, thereby obtaining tax advantages. Law No. 14.057 of 2022 will be used as an example of this strategy. The article employs a bibliographic review and case study approach. The study concludes that the influence exerted by pressure groups perpetuates inequalities and undermines fiscal balance, with the complexity of the tax system and the poor perception of tax incidence being used to influence Parliament in granting tax benefits.

KEYWORDS: Taxation. Public Policies. Tax Benefits. Elite Theory. Pressure Groups. Fiscal Illusion.

INTRODUÇÃO⁴

A tributação desempenha um papel fundamental na promoção de políticas públicas, sendo um dos principais mecanismos de redistribuição de riqueza, de alocação de recursos para o financiamento de bens públicos de estabilização. Contudo, o Estado recorre ainda a outras fontes de receitas decorrentes de sua atividade patrimonial, como é o caso das receitas originárias, e atividade financeira, a exemplo da venda de títulos do Tesouro Nacional (Brasil, CGU, Orçamento da Receita). Todavia, a maior fonte de receita corrente, em especial da União, é obtida por intermédio da arrecadação de tributos.

A arrecadação de tributos permite aos governos implementar e manter sua estrutura e oferecer bens e serviços à sociedade, como hospitais, escolas, iluminação pública e saneamento. Além da função arrecadatória (fiscal), os tributos também possuem função econômica, social, territorial, política e ecológica (Leroy, 2014), capazes de influenciar comportamentos, direcionar o desenvolvimento de um país e redistribuir riquezas.

Entretanto, a eficácia do sistema tributário em cumprir essas funções pode ser comprometida por diferentes fatores, dentre eles, conforme a interpretação da ciência política, a ação organizada das elites e dos grupos de pressão social, incluindo-se nesse rol a sensação de que todos viveriam em uma espécie de ilusão fiscal decorrente da ação das elites e dos grupos de pressão, entre outros. Com efeito, a despeito de o sistema tributário buscar um equilíbrio ótimo entre eficiência e equidade, no Brasil, verifica-se que o mesmo ainda é excessivamente regressivo. Nesse sentido, mostra-se importante avaliar se certos contribuintes teriam potencialmente a capacidade de influenciar decisões sobre políticas públicas na área tributária. Dessa forma, a partir da modelação do sistema tributário em seu favor, eles obtêm benefícios tributários.⁵

A teoria das elites sugere que uma minoria detém o poder, em contraposição com uma maioria desorganizada que dele está privada e é regulada pela minoria (Bobbio, 1998). Assim, uma minoria organizada consegue dominar a formulação de políticas públicas. A teoria dos grupos de pressão destaca como um grupo de interesse pode agir para influenciar as decisões dos poderes públicos para lhes favorecer (Gozzeto, 2008). A ilusão fiscal, por sua vez, descreve a dificuldade dos cidadãos em perceber claramente a carga tributária que suportam e os benefícios que recebem

⁴ Os entendimentos e opiniões constantes do presente trabalho são acadêmicos e não refletem necessariamente o posicionamento da instituição às quais os autores estão vinculados.

⁵ Segundo o *Referencial de controle de benefícios tributários*, do Tribunal de Contas da União, “Diferentes expressões são utilizadas para designar o uso do sistema tributário para promover objetivos de políticas públicas, entre as quais podem ser citadas: benefício fiscal, incentivo fiscal, privilégio fiscal, benefício tributário, gasto tributário, desoneração, subsídio, renúncia de receita, despesa fiscal, despesa tributária, auxílio, alívio, estímulo etc.” (Brasil, 2022, p. 15).

em troca (D'Araújo, 2021). Tal condição pode ser inclusive explorada para desviar a atenção dos verdadeiros beneficiários das políticas tributárias.

Eis que este trabalho visa examinar como o sistema tributário pode ser utilizado para aumentar o bem-estar de determinados grupos, em detrimento do interesse público mais amplo, e passar despercebido para a grande maioria dos contribuintes. Para tanto, será realizada uma análise da Lei n. 14.057, de 2022, que exemplifica como as dinâmicas de poder e de influência podem moldar a legislação tributária. Por meio desse exame, pretende-se demonstrar como a tributação, em vez de servir apenas como um mecanismo de financiamento estatal, pode ser instrumentalizada por grupos de interesse para obter vantagens específicas. Tal conduta traz incoerência para o sistema tributário, o qual deveria se pautar pela justiça fiscal e pela equidade social e não servir para aumentar as distorções.

Assim, o presente artigo está estruturado em três tópicos principais. No primeiro, serão abordadas as relações entre tributação e sua relevância na implementação de políticas públicas; o segundo tópico se dedicará à revisão bibliográfica sobre teoria das elites, grupos de pressão e ilusão fiscal; no último tópico, far-se-á uma relação entre os dois tópicos anteriores, quando então será analisada a Lei n. 14.057/2022 e como ela eventualmente pode ser inserida no contexto das discussões previamente abordadas neste trabalho.

1. TRIBUTAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Com o surgimento do Estado moderno, consolidou-se o Estado fiscal e o princípio do consentimento, por intermédio do qual o ônus tributário supõe a participação de todos no financiamento da ação social do Estado. Após o advento da Revolução Industrial, no século XIX, a criação da grande sociedade solidária justificou a intervenção estatal para mitigar o risco social, resultando no crescimento da carga tributária, uma vez que o ônus do financiamento da questão social foi colocado sob a responsabilidade da sociedade. Apesar de as políticas neoliberais posteriores terem reduzido o tamanho do Estado e degradado as condições sociais, o tributo se manteve como instrumento de coesão social, legitimado pelo princípio do consentimento e da solidariedade (Falcão, 2024).

Desde a teoria keynesiana das políticas públicas, reconhecida especialmente a partir de 1940, o Estado tem sido visto como um grande provedor das necessidades dos indivíduos, desempenhando um papel crucial nas mudanças socioeconômicas e na resolução de problemas macroeconômicos, como a eliminação de disparidades (Falcão, 2025).

A tributação é uma das formas de intervenção do Estado na economia, sendo o processo pelo qual a autoridade pública implementa

tributos compulsórios (obrigatórios) para financiar seus gastos e atingir seus objetivos (Leroy, 2014).

O sistema tributário tem por objetivo o financiamento das despesas do governo e atender a vários objetivos para que ele contribua com o desenvolvimento social e econômico do país (Barbosa, 2001), sendo essencial para a eficácia da redistribuição. Esse sistema, conforme Piancastelli e Nascimento (2001), se assemelha a um contrato firmado entre sociedade e Estado, no qual a sociedade suporta os custos da atividade governamental e, em contrapartida, recebe os serviços e as obras públicas de que precisa. A eficiência econômica, a equidade fiscal e a simplicidade são, entre outras, as características esperadas do sistema tributário.

Adam Smith postulou quatro máximas que devem nortear o sistema tributário ótimo: i) os indivíduos devem contribuir para sustentar o governo na proporção de suas capacidades; ii) o tributo a ser pago deve ser certo (e não arbitrário), com o tempo de pagamento, a maneira e a quantidade claros e simples para o contribuinte; iii) o tributo deve ser arrecadado da forma mais conveniente para o contribuinte; e iv) o tributo deve ser arrecadado de forma menos onerosa ao contribuinte (Smith, 1986, p. 365-367). O princípio da capacidade contributiva funciona, até hoje, como critério de diferenciação entre os contribuintes, buscando que a carga tributária seja distribuída de forma igualitária.

O princípio da capacidade de pagamento exige que a carga tributária seja distribuída com equidade horizontal (contribuintes com igual capacidade de pagamento devem contribuir igualmente) e vertical (contribuintes com capacidades diferentes devem contribuir proporcionalmente com diferentes quantias). Para implementar essa tributação de maneira justa, é necessário definir um critério específico que meça a capacidade de pagamento dos contribuintes (Musgrave; Musgrave, 1986).

Os recursos da sociedade conseguem ser mobilizados de forma mais eficaz pelo Estado, o qual se mostra indispensável para a proteção dos direitos e garantias. Nesse sentido, Holmes e Sunstein (2019) afirmam que os direitos dependem do Estado e esses direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem o financiamento e apoio públicos. Os direitos à propriedade privada, à liberdade contratual e ao bem-estar social impõem demandas significativas ao tesouro público, sendo indispensável o financiamento público para sua proteção e garantia.

A tributação possui duas dimensões que se complementam: uma relacionada à função arrecadatória (fiscal) e outra à sua função extrafiscal. Por intermédio da função fiscal, o Estado busca obter recursos para custear atividades estatais na medida em que a vida em sociedade e a observância/concretização de direitos dependem do orçamento, o qual provém da tributação e das receitas tributárias (Holmes; Sunstein, 2019). Mediante a função extrafiscal, o tributo exerce o seu papel regulador. O Estado incentiva

e induz comportamentos, inibe outros, intervém na organização econômica por meio do tributo (Borges, 2023). Quando a arrecadação de tributos não é suficiente para atingir os objetivos sociais, políticos ou econômicos desejados, o Estado pode ajustar as normas tributárias, aumentando ou reduzindo a carga tributária, para incentivar ou desestimular certos comportamentos dos contribuintes (Hachem; De Abreu Kalil, 2016).

Leroy (2014) explica que a tributação pode ser tanto objeto de uma política pública⁶ quanto instrumento de outras, desempenhando múltiplas funções: financeira, econômica, social, territorial, ecológica e política. Essas funções incluem desde a arrecadação de recursos até a promoção de equidade social e o desenvolvimento regional e ambiental. Nesse sentido, colaciona-se, em tradução livre, a tabela constante do texto de Leroy (2014):

Tabela 1 – Função sociopolítica da tributação

Função Financeira	Receitas provenientes de impostos para financiar as despesas públicas.
Função de Regulação Econômica	Ação econômica via impostos: setores prioritários, exportações, pesquisa etc.
Função Social	Redistribuição por meio do imposto de renda progressivo para os mais pobres; Categorização tributária da sociedade: tributação familiar, alguns grupos sociais, produtos, setores socialmente desenvolvidos ou discriminados.
Função Territorial	Competência territorial legal em direito tributário; desigualdades tributárias territoriais; Desenvolvimento territorial: isenções fiscais de certas zonas rurais “fracas”, distritos urbanos, incentivos fiscais para zonas de “competitividade”.
Função Ecológica	Salvaguarda do meio ambiente: tributação ambiental.
Função Política	Contribuição “cidadã-imposto” para políticas de interesse geral; legitimidade política; Conformidade com o Estado Fiscal (civismo); Democracia fiscal com consentimento direto de impostos.

Fonte: Leroy (2014, p. 38, tradução nossa).

⁶ Cabe informar que política pública, para fins do presente artigo, adota o conceito de Bucci (2006), que explica que política pública é “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2006, p. 39).

Piscitelli (2021) esclarece que a função extrafiscal busca a promoção da justiça e a correção das distorções sociais, na medida em que a tributação tem papel importante na promoção de justiça distributiva. É nessa esfera da extrafiscalidade que se situam os benefícios e incentivos tributários, isenções e subsídios, concedidos pelos governos para atingir determinadas finalidades (Castilhos, 2024). Para fins de avaliação de instrumentos de implementação de políticas públicas, é importante destacar que esses benefícios seriam:

[...] as medidas de desoneração tributária que possuem caráter extrafiscal, ou seja, o uso do sistema tributário com objetivos diferentes da arrecadação de receitas tributárias. Tais instrumentos buscam promover comportamentos específicos nos contribuintes, incentivar setores econômicos delimitados ou compensar o não provimento de bens e serviços sob a responsabilidade do Estado, e constituem instrumentos alternativos aos gastos diretos ou à regulação, ainda que tais medidas não representem uma redução global da receita pública ou que não caracterizem desvios ao sistema tributário de referência (Brasil, 2022, p. 14).

Por sua vez, Caliendo (2014) alerta que o uso da tributação extrafiscal é um dos problemas centrais do constitucionalismo moderno. Isso porque, embora o tributo possa ser uma ferramenta eficaz para a reforma social e o desenvolvimento econômico, por meio da redistribuição e da intervenção na economia, há ainda o risco de desvios nos seus objetivos. O Estado pode ser influenciado por grupos de pressão, o que pode levar à transferência de recursos públicos para interesses privados, com a concessão de benefícios tributários indevidos, por exemplo, em vez de promover políticas voltadas para o interesse público.

Schoueri (2005) esclarece que os afetados indiretamente pela norma, ou seja, os contribuintes que não receberam igual incentivo, terão um aumento em sua carga tributária, tendo em vista a redução recebida pelos beneficiários de normas tributárias indutoras. Por tal motivo, a sociedade tem interesse no controle dos benefícios fiscais, já que será onerada pela tributação adicional. Além disso, a própria concorrência pode ser afetada na medida em que os benefícios fiscais podem colocar alguns contribuintes em situação mais vantajosa do que a de seus concorrentes (Schoueri, 2005).

Nessa mesma linha de raciocínio, a concessão de benefícios tributários ocasiona uma diminuição da receita disponível para o Estado para a programação das suas despesas, o que, via de consequência, impacta nas demais políticas públicas que precisam passar pelo Orçamento Geral da União (Castilhos, 2024).

As políticas públicas são instrumentos para que o Estado alcance os objetivos previstos na Constituição. Por outro lado, determinadas políticas são definidas pelos planos de governo dos representantes eleitos, enquanto outras, por grupos de interesse/de pressão. Para se fazer políticas públicas eficazes e justas, é necessário ter objetivos claramente estabelecidos, definir prioridades, alocar recursos para alcançá-las e estabelecer, assim, uma meta temporal (Bucci, 2006). A princípio, entende-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece esses objetivos, os quais devem ser utilizados para nortear os demais sistemas, a exemplo do tributário.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 (art. 3º, incisos I a IV) adotou o modelo de estado de bem-estar social e descreveu, dentre os seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Para reduzir as desigualdades sociais e promover um modo de vida com condições mais humanitárias para toda a população brasileira, um interessante instrumento à disposição dos políticos: o sistema tributário. Ele pode e deve ser utilizado para minimizar as desigualdades ao cumprir o seu papel redistributivo.

Cabe destacar que, a partir da Reforma Tributária de 2023, a Constituição Federal passou a prever, inclusive, que a justiça tributária seria um dos princípios a serem observados pelo Sistema Tributário Nacional, conforme art. 145, § 3º (EC 132, 2023). Além disso, previu também, no § 4º do art. 145, que as alterações na legislação tributária deverão ter como objetivo a atenuação dos efeitos regressivos da tributação (Brasil, 1988).

Sobre esse aspecto, merece ser relembrada a dicotomia que a tributação ótima enfrenta entre equidade e eficiência, dado que seu objetivo é verificar como uma receita tributária pode ser arrecadada pelo governo a um custo mínimo para a sociedade, levando em consideração a diferente capacidade contributiva entre os indivíduos (Siqueira; Nogueira; Barbosa, 2005).

Essa distribuição justa do peso fiscal tem gerado diversos debates, especialmente na academia, inclusive pelo caráter regressivo da tributação brasileira, ou seja, a carga tributária recai proporcionalmente mais sobre as pessoas que recebem menos, afetando especialmente a população mais pobre. Conforme Falcão (2025), a questão de quem contribui e quem se beneficia do financiamento de políticas públicas é central, pois envolve a disputa de grupos sociais pela orientação da intervenção pública a seu favor.

Nesse contexto, a análise das teorias sobre elites, grupos de pressão e ilusão fiscal se torna relevante. Elas ajudam a compreender como certos grupos influenciam o sistema tributário e as decisões políticas em benefício

próprio. Um ponto central desse debate é a forma como o peso dos tributos é distribuído entre os indivíduos com capacidades contributivas distintas. A desigualdade na carga tributária pode refletir a capacidade de certos grupos moldarem as políticas fiscais a seu favor.

2. A TEORIA DAS ELITES, DOS GRUPOS DE PRESSÃO E OS EFEITOS DA ILUSÃO FISCAL

Conforme mencionado no tópico anterior, a distribuição desigual do peso tributário pode ser analisada a partir de como determinados grupos conseguem direcionar as decisões políticas a seu favor. Nesse diapasão, serão aprofundados importantes conceitos para a compreensão da estrutura tributária brasileira: a teoria das elites, dos grupos de pressão e os efeitos da ilusão fiscal.

Esses conceitos permitirão entender como as políticas tributárias podem ser moldadas e quem, de fato, delas se beneficia. Ademais, ver-se-á como a complexidade do sistema tributário pode ocultar a real distribuição de custos e benefícios, gerando percepções distorcidas sobre quem arca com a maior carga tributária.

2.1. A teoria das elites e dos grupos de pressão

No presente tópico, abordar-se-á a teoria das elites⁷ e dos grupos de pressão devido à interconexão entre esses conceitos na análise das dinâmicas políticas e sociais. Assim, busca-se uma compreensão mais completa de como o poder é distribuído e exercido na sociedade. Ambas explicam por que certas políticas públicas beneficiam determinados grupos em vez de atenderem aos interesses da maioria. Elas trazem uma explicação para a concentração de poder e influência desproporcional de certos grupos, permitindo uma análise crítica das desigualdades no sistema tributário e da capacidade das elites de moldar políticas fiscais a seu favor.

Segundo o *Dicionário de Política*, a teoria das elites informa que “em toda a sociedade, existe, sempre e apenas, uma minoria, que, por várias formas, é detentora do poder, em contraposição a uma maioria que dele está privada” (Bobbio *et al.*, 1992, p. 385). Diversos teóricos trataram do assunto, sendo seus maiores expoentes: Mosca, Pareto, Michels, Laswell e Mills. Segundo Mosca, existem duas classes de pessoas: a dos governantes, que é menos numerosa e monopoliza o poder, e a dos governados, que é mais numerosa e regulada pela primeira (Bobbio *et al.*, 1992). A classe política, segundo ele,

⁷ Não se desconhecem as relevantes contribuições de Dahl, com sua teoria pluralista da democracia; contudo, como o presente artigo foca em concessão de benefícios tributários, essa linha teórica pode ser menos útil, pois a teoria pluralista não necessariamente explica a prevalência de privilégios fiscais concentrados em poucos grupos influentes.

encontra sua força no fato de ser organizada e coesa, razão pela qual a teoria também é chamada de teoria da minoria organizada.

Os pontos comuns entre os diversos estudiosos da teoria das elites, que representam uma tendência constante na Ciência Política, incluem: a) a relação desigual entre indivíduos; b) a causa da desigualdade é a distribuição desigual de poder; c) o poder político é o determinante; d) a minoria consegue dominar porque possui interesses comuns e são solidários na manutenção das regras do jogo; e) a classe que detém poder político é minoria; f) os regimes se diferenciam na forma pela qual se organizam, exercem o poder e como as elites surgem e caem; e g) a massa não é organizada e não tem poder político relevante (Bobbio *et al.*, 1992).

Conforme se pode perceber, a teoria das elites oferece um quadro útil para entender as dinâmicas políticas e sociais em diferentes contextos históricos e países, mostrando como uma minoria pode controlar recursos e influenciar decisões que afetam toda a sociedade.

Por sua vez, os grupos de interesse são importantes protagonistas no processo governamental e é a competição entre os grupos que determina quais as políticas públicas que serão implementadas. Nesse contexto, a prática de *lobby* permite que interesses plurais encontrem representação no processo de formulação de políticas públicas (Santos, 2007).

Becker (1983) esclarece que os indivíduos pertencem a grupos específicos e usam a influência política para melhorar o bem-estar dos grupos particulares aos quais pertencem. A competição entre os grupos de pressão por influência política determina o equilíbrio de estruturas tributárias, de subsídios e outros benefícios políticos (Becker, 1983). Assim, tributos e subsídios, entre outros, são usados como instrumentos para aumentar a influência política de grupos de pressão. Segundo a “equação do orçamento governamental”, qualquer alteração na influência de um grupo que afete a distribuição de impostos e subsídios gerará uma alteração na influência de outros grupos, os quais terão que pagar mais ou menos impostos e/ou receber menos ou mais subsídios (Muller-Monteiro, 2007).

Dentre as principais conclusões decorrentes do modelo matemático de Becker sobre a competição política entre grupos de pressão, destacamos: o grupo mais eficiente em pressionar politicamente possui maior capacidade de reduzir seus impostos ou aumentar os subsídios que recebe; esse grupo mais eficiente tende a ser pequeno em comparação a grupos que arcaram com a carga tributária que financia esses subsídios. Isso ocorre porque, conforme a equação do orçamento do governo, a soma total das influências é zero, ou seja, o montante total arrecadado em impostos e o montante total disponível para subsídios é igual a zero (Becker, 1983, p. 395).

Para Elmer Eric Schattschneider (1975), os grupos de interesses específicos/privados tendem a racionalizar seus interesses como se fossem

interesses públicos. O conflito político entre interesses específicos não se restringe aos grupos diretamente interessados, pois costuma haver um apelo ao apoio de pessoas que estão distantes o suficiente para ter qualquer perspectiva diferente sobre a controvérsia. Esses grupos de interesses específicos, quando são organizados, tendem a ser exclusivos, pequenos, conhecidos, reconhecíveis e identificáveis. Essa parcela de grupo organizado de interesse específico é o que o mencionado cientista político denomina “sistema de pressão”. A política de pressão é essencialmente a política de pequenos grupos, sendo que, provavelmente, cerca de 90% das pessoas não conseguem participar do sistema de pressão. Esse sistema, via de regra, tem uma tendência de classe alta, sendo “distorcido, carregado e desequilibrado em favor de uma fração de uma minoria” (Schattschneider, 1975, p. 35). A “política de pressão” que exercem visa permitir que uma minoria controle as políticas (Santos, 2007).

No Brasil, os grupos de pressão possuem um papel importante na defesa de interesses de segmentos da sociedade civil perante o poder público, em especial após a Constituição de 1988. Esses grupos possibilitam que minorias se expressem, atenuando conflitos e permitindo uma maior participação da sociedade civil no processo de tomada de decisão, democratizando o processo (Gozetto, 2008).

O grupo de interesse se torna um grupo de pressão quando atua para influenciar as decisões dos poderes públicos. Nesse sentido, pressão seria a atividade de indivíduos unidos por motivações comuns que buscam influenciar decisões políticas, por meio de sanções ou ameaças, para mudar ou conservar a distribuição prevalecente de bens, serviços e oportunidades (Schwartzenberg, 1979).

Os grupos de pressão buscam atuar nas esferas institucionais de poder e influenciar o processo decisório, entendendo as regras do jogo para jogá-lo de forma eficaz e eficiente, buscando reformá-lo. Assim, Gozetto (2008, p. 64) explica que o maior objetivo dos grupos de pressão é “coletar informações, sistematizá-las, moldá-las às suas intenções e oferecê-las aos tomadores de decisão para depois pressioná-los a fim de defender seus interesses”.

Richard Musgrave e Peggy Musgrave (1989) destacam que alguns grupos têm mais facilidade para se organizar e mais recursos financeiros para influenciar suas demandas, o que impede a formação automática de uma estrutura de poder de contrapesos equilibrada. Por isso, é essencial que a política pública crie um ambiente institucional no qual prevaleça uma representação mais equilibrada dos diferentes interesses dos grupos. Nesse sentido, uma abordagem do sistema fiscal precisa considerar a influência estratégica de diversos grupos de interesse.

2.2. O uso estratégico da ilusão fiscal

A ilusão fiscal é o conjunto de estratégias que mudam a percepção dos indivíduos sobre a realidade tributária e os custos do setor público

(D'Araújo, 2021). Dentre os principais teóricos da ilusão fiscal, destaca-se, para fins do presente artigo, as importantes contribuições de Puviani (2024) e Buchanan (1987).

Ilusão é uma representação errônea de fenômenos em nossa mente causada por circunstâncias de naturezas diversas (Puviani, 2024, p. 11). Os juízos errôneos das massas sociais são ilusões de natureza política em sentido amplo, sendo que a ilusão fiscal é uma subclasse da ilusão política. A ilusão fiscal é uma categoria de erros que tendem a alterar o custo do Estado e sua utilidade, pois são erros sobre certos meios que o ente político utiliza para alcançar seus fins, mais especificamente as receitas e despesas públicas (*Ibidem*).

Puviani argumenta que a ilusão é utilizada para reduzir a resistência dos cidadãos a pagar impostos, na medida em que os governados têm o desejo de pagar/desembolsar o menor valor possível para qualquer serviço público, e ignoram suas leis tributárias e/ou orçamentárias. Assim, o contribuinte é uma vítima da ilusão tributária (Puviani, 2024, p. 201).

Conforme estudo preliminar, publicado no livro *Teoría de la ilusión financiera* (2024), realizado por Bereijo, a teoria da ilusão fiscal de Puviani também se apresenta como uma teoria explicativa do comportamento financeiro da classe dominante, posto que ilustra os meios e as instituições de que se serve a elite dominante para impor aos cidadãos escolhas financeiras que convêm aos seus interesses de classe (Puviani, 2024, p. 33). A minoria dominante, segundo interpreta Bereijo, busca a menor resistência da classe dominada por meio das ilusões fiscais, para ocultar dos cidadãos a real carga tributária e, ao mesmo tempo, exagerar os benefícios que oferece por intermédio dos serviços públicos.

Buchanan, ao contextualizar a contribuição da Escola Fiscal italiana, afirma que a ilusão fiscal seria um instrumento para reduzir a resistência da classe dominada ao pagamento de impostos, permitindo um possível redesenho da política fiscal (Buchanan, 1987, p. 130). Em outras palavras, seria uma estratégia utilizada pelos governantes para extrair recursos dos governados sem que esses percebam e possam resistir. Buchanan discute os efeitos da ilusão fiscal na definição do tamanho do setor público, sugerindo que seu uso poderia elevar os níveis de despesas públicas a patamares mais altos do que os obtidos por meio de uma tributação direta e simples. Isso cria a percepção de que o contribuinte paga “menos” e recebe “mais” em retorno das atividades públicas (D'Araújo, 2021).

É importante esclarecer, ainda, a Hipótese de Mill, segundo a qual os contribuintes subestimam a verdadeira carga fiscal gerada a partir dos impostos indiretos e, por isso, opõem menor resistência à sua implantação quando comparada com as demais alternativas (Mota, 2019).

Todos contribuem para o financiamento público, mas os grupos que orientam a intervenção pública acabam tendo prioridade no acesso aos recursos. Uma minoria organizada consegue transferir o peso dos gastos públicos para esses outros grupos, os quais nem sempre têm interesse por determinado projeto. A barganha política entre partidos, grupos de pressão e burocratas pode resultar em uma expansão inútil dos gastos públicos, criando uma ilusão fiscal em que os custos e benefícios são percebidos de forma distorcida (Falcão, 2025).

Falcão (2025) esclarece que, no Brasil, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi editada, em 2000, para tentar eliminar a ilusão fiscal no cenário econômico, impondo restrições aos gastos públicos. Contudo, a complexidade dos tributos e a não vinculação de receitas tributárias às despesas mantêm a ilusão fiscal. Esse distanciamento das questões fiscais demonstra uma “anestesia fiscal” entre os cidadãos, que não conseguem avaliar adequadamente os retornos fornecidos pelo Estado. Esse efeito anestesiante está relacionado ao fato de que a tributação indireta é menos perceptível do que a tributação direta, uma vez que tende a ser incorporada aos preços e, portanto, subestimada pelos contribuintes reais, distorcendo assim suas decisões (D’Araújo, 2021).

Conforme se pode perceber dos pontos abordados nos tópicos anteriores, a teoria das elites e os grupos de pressão desempenham papéis cruciais na formação e implementação das políticas públicas. A ilusão fiscal, por sua vez, mascara a verdadeira distribuição dos custos e benefícios do sistema tributário. A seguir, aprofundaremos a relação entre essas linhas teóricas e o sistema tributário.

3. SISTEMA TRIBUTÁRIO E GRUPO DE PRESSÃO

Conforme visto ao longo dos tópicos anteriores, a tributação é um meio para o financiamento da intervenção pública (Falcão, 2025). A equidade na repartição da carga tributária, assim como a eficiência na arrecadação, deve, ou ao menos deveria, ser uma preocupação constante do Estado, inclusive no Brasil, na medida em que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de estado de bem-estar social. Contudo, o que se tem observado na revisão bibliográfica é que a centralização da agenda política e a interferência de grupos de interesse influenciam a tomada de decisão, permitindo que uma minoria decida sobre *quem recebe* benefícios tributários e *quem deve arcar* com os custos da concessão desses.

Nesse sentido, o sistema tributário não alcança a equidade, permitindo a transferência do ônus tributário para uma maioria desorganizada, o que cria uma inversão na redistribuição de recursos e levanta questões sobre quem realmente contribui e se beneficia, alimentando uma ilusão fiscal persistente (Falcão, 2025). Tal ilusão se vale especialmente de tributos

indiretos (hipótese de Mill), na medida em que os tributos embutidos no preço de bens e serviços são ignorados.

Em vez de o Estado exercer seu papel de assegurar a justa redistribuição da riqueza e a eliminação das desigualdades, o que se vê é que certas políticas públicas, fruto de desejos de minorias organizadas, prevalecem em detrimento do interesse público. Holmes e Sunstein (2019) afirmam ser comum que recursos proporcionados pela coletividade sejam direcionados para garantir direitos de alguns cidadãos em detrimento de outros, sem uma razão sólida.

Outrossim, os grupos de pressão podem se valer de legislações tributárias complexas, dificultando a fiscalização pela arrecadação e ampliando a possibilidade de contencioso administrativo e judicial. Isso torna o sistema tributário menos transparente e, inclusive, mais suscetível a fraudes e sonegações.

Ademais, grupos de pressão podem distorcer a alocação eficiente dos recursos econômicos ao promover políticas fiscais que favorecem setores específicos. Com efeito, dentre as diversas formas de intervenção do Estado no domínio econômico, o fomento/indução permite que o Estado estimule determinadas atividades em detrimento de outras, fazendo-o por meio da concessão de incentivos aos agentes, como benefícios fiscais gerais, setoriais ou pontuais (Passetorri, 2017), ou seja, criando medidas tributárias com função extrafiscal.

Ocorre que alguns grupos de interesse têm utilizado essa forma de intervenção para obter benefícios que não refletem uma real necessidade do Estado de conceder estímulos ou incentivos para a iniciativa privada adotar determinadas condutas. Ou seja, acabam sendo concedidos benefícios que não necessariamente são os mais eficientes economicamente ou que promovam uma maior equidade.

Hachem e Kalil (2016) explicam que o uso excessivo de isenções extrafiscais compromete a justa distribuição dos encargos tributários. Por isso, as isenções devem ser aplicadas com critérios rigorosos. Caso contrário, a carga tributária pode se tornar mais pesada para aqueles que não recebem o benefício, o que prejudica o equilíbrio econômico e a livre concorrência no mercado.

A própria economia é complexa e a legislação tributária deve ser adaptada a ela, como explicam Richard Musgrave e Peggy Musgrave (1989). Assim, um sistema tributário justo não é algo simples, até porque uma estrutura tributária excessivamente complexa leva à elisão fiscal ou, até mesmo, à evasão fiscal, o que, por seu turno, compromete a equidade. A política tributária, segundo os autores, “é uma arte tanto quanto uma ciência; e a equidade deve ser buscada como uma questão de grau, e não como uma norma absoluta” (Musgrave; Musgrave, 1989, p. 228). Nesse sentido, Leroy (2014) afirma que grupos de interesse influenciam significativamente a

política tributária, moldando seu conteúdo mediante procedimentos formais e do sistema eleitoral.

É dentro dessa óptica que se insere a necessidade de uma boa governança de benefícios fiscais. A própria União Europeia aponta, entre os problemas relacionados aos gastos tributários,⁸ a possibilidade de captura por *lobbies*, combinada com a falta de transparéncia e de mecanismos que promovam sua revisão e extinção (Brasil, 2022).

O TCU tem tido um relevante papel ao reforçar a necessidade de estabelecer políticas claras de governança dos benefícios tributários, consistente no monitoramento, acompanhamento e avaliação contínua em torno das políticas públicas financiadas por meio de gastos tributários (Castilhos, 2022).

Dentre as lacunas na governança dos benefícios tributários, o Ministério da Economia apontou, em 2018: a) ausência de normatização uniforme para o processo de criação de políticas públicas financiadas por subsídios da União; b) falta de transparéncia nas etapas do ciclo de políticas financiadas por subsídios da União (formação de agenda, formulação, processo decisório, monitoramento, controle e avaliação); c) omissão normativa quanto à avaliação de resultados; d) caráter difuso quanto à identificação de alguns beneficiários das políticas públicas; e) institucionalidade fraca na atuação dos órgãos centrais e setoriais em prol da conformação normativa, institucional e processual de políticas públicas financiadas por subsídios da União; f) necessidade de melhoria dos parâmetros de governança (liderança, estratégia e controle) e gestão dos subsídios da União; e g) ausência de adequado dimensionamento dos riscos associados a esse tipo de política (Brasil, 2022). Tais lacunas trazem impactos negativos na arrecadação e na efetividade dos benefícios, na escolha de prioridades de políticas públicas e no aumento da regressividade.

A partir dessas premissas teóricas, optamos por verificar algum potencial exemplo de grupo de pressão com possível capacidade de influenciar as decisões sobre políticas públicas e que, assim, obteve benefício tributário por meio de lei.

3.1. Estudo de caso

No presente artigo, optou-se pela análise da Lei n. 14.057, de 11 de setembro de 2020, como exemplo de uma dentre outras possíveis leis em que potenciais interesses de grupos específicos podem influenciar a formulação de políticas fiscais. A análise dessa lei permite explorar como os grupos de interesse conseguem moldar a legislação tributária para obter benefícios, ao

⁸ Para fins deste artigo, se adota o termo “gasto tributário” como espécie de benefício tributário. O benefício tributário se divide em dois grupos: gastos tributários e desonerações (Castilhos, 2022, p. 99).

mesmo tempo em que se desvinculam de contribuições fiscais, exemplificando a dinâmica de poder e a perpetuação de desigualdades no sistema tributário.

Destaca-se que não se está aqui fazendo juízo de valor se a referida lei e o benefício concedido são ou não indevidos. Apenas se buscou, tendo por base as teorias da ciência política abordadas nos tópicos anteriores, um possível objeto de estudo que se adequasse potencialmente à análise. Nesse sentido, optou-se por não incluir os nomes de parlamentares, para que a análise permaneça objetiva e imparcial, evitando qualquer percepção de julgamento moral ou político.

A referida lei teve ampla repercussão na mídia desde a sua tramitação no Congresso Nacional e, inclusive, recentemente, quando o UOL publicou, em maio de 2024, um podcast intitulado *Igrejas fantasmas concentram mais de 50% das dívidas de impostos* (UOL Prime, 2024).

O Projeto de Lei n. 1581/2020 foi apresentado em abril de 2020 e teve por objetivo dispor sobre a celebração de acordo para pagamento de precatório de valor superior a 15% do montante dos precatórios judicários apresentados no exercício (Brasil, Câmara dos Deputados, 2020b). O Projeto de Lei dispõe, também, sobre os acordos terminativos de litígio autorizados pelo Advogado-Geral da União, pelos dirigentes máximos das empresas públicas federais e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e “permite a destinação dos valores obtidos com a redução das obrigações de responsabilidade da União em decorrência da celebração de acordos para o custeio de ações de combate à crise oriunda da pandemia do coronavírus” (Brasil, Senado Federal, 2020e).

O projeto de lei foi aprovado na forma do substitutivo apresentado pelo relator. Houve a inclusão, entre outros, de um artigo por emenda de Plenário, de autoria de um deputado cujo pai é um renomado pastor evangélico. A emenda sugeriu a inclusão do artigo 8º ao então projeto de lei, para isentar entidades religiosas e templos de qualquer culto (alínea b do inciso VI do *caput* do art. 150 da Constituição Federal)⁹ da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e anulava multas aplicadas pela Receita Federal pelo não pagamento anterior dessa contribuição (Brasil, Câmara dos Deputados, 2020a).

Como justificativa, o parlamentar esclarece que “as entidades religiosas vêm sendo sujeitos passivos de autuações oriundas de interpretações equivocadas da legislação, sem levar em consideração posteriores modificações do ordenamento” (Brasil, Câmara dos Deputados, 2020a). Ademais, segundo o parlamentar, no intuito de evitar autuações erradas, ele buscou tornar a “lei ainda mais clara e, com isso, reduzir a judicialização e até mesmo o gasto

⁹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto” (Brasil, 1988).

equivocado de horas de trabalho do fisco com entidades religiosas” (Brasil, Câmara dos Deputados, 2020a).

A despeito da justificativa para a emenda parlamentar, conforme noticiado pela própria Agência Câmara de Notícias (Júnior, Doederlein, 2020), até então as igrejas eram consideradas imunes apenas a impostos diretos, como renda e patrimônio, mas não isentadas do pagamento de contribuições e de impostos indiretos, como o ICMS estadual.¹⁰

O referido art. 8º¹¹, de redação bastante complexa, foi vetado pelo então Presidente da República, em 11 de setembro de 2020, com as seguintes justificativas de veto:

Apesar de entender meritória e concordar com a propositura legislativa, ao afastar a incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre os templos de qualquer culto, bem como prever a nulidade das autuações realizadas de forma retroativa, estendendo a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, ‘b’, da Constituição da República, por meio do caráter interpretativo da norma proposta, percebe-se que não foram atendidas as regras orçamentárias para a concessão de benefício tributário, em violação ao art. 113 do ADCT, art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF) e art. 116 da Lei nº 13.898, de 2019 (LDO), podendo a sanção incorrer em crime de responsabilidade deste Presidente. Outrossim, o veto não impede a manutenção de diálogos, esforços e a apresentação de instrumentos normativos que serão em breve propostos pelo Poder Executivo com o intuito de viabilizar a justa demanda (Brasil, 2020d, grifo nosso).

Assim, nas razões de voto parcial ao Projeto de Lei, o Presidente informou concordar com o mérito (com a isenção), mas que não poderia aprová-lo, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade, tendo em vista que não foram atendidas as regras orçamentárias para a concessão de benefício tributário. O referido voto foi bastante noticiado na mídia, inclusive em razão de mensagem publicada pelo então Presidente em sua rede social (Bittar, Moraes, 2020).

10 As imunidades tributárias são vedações constitucionais ao poder de tributar direcionadas à proteção de valores constitucionalmente protegidos, como é o caso do art. 150, VI, b, que estabelece a imunidade religiosa e situa-se no plano constitucional. Porém, a isenção constitui-se em hipótese de exclusão do crédito tributário (art. 175, CTN), referindo-se à dispensa legalmente prevista do pagamento do tributo devido e situando-se no plano infraconstitucional.

11 “Art. 8º. O art. 4º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:
‘Art. 4º São contribuintes as pessoas jurídicas estabelecidas no País e as que lhe são equiparadas pela legislação tributária, ressalvadas as vedadas na alínea ‘b’ do inciso VI do caput do art. 150 da Constituição Federal, na forma restritiva prevista no § 4º do mesmo artigo.
Parágrafo único. Conforme previsto nos arts. 106 e 110 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), passam a ser consideradas nulas as autuações feitas em descumprimento do previsto no caput deste artigo, em desrespeito ao disposto na alínea «b» do inciso VI do caput do art. 150 da Constituição Federal, na forma restritiva prevista no § 4º do mesmo artigo.’ (NR)” (Brasil, Senado Federal, 2020).

O veto foi rejeitado, em parte, pelo Congresso Nacional, em sessão realizada em 17 de março de 2021 (Brasil, Congresso Nacional, 2020c). Via de consequência, a parte cujo veto foi derrubado foi promulgada e passou a fazer parte da Lei n. 14.057, de 2020.

Conforme apurado pela jornalista Juliana Sayuri, para o Podcast UOL Prime (2024), em decorrência da Lei n. 14.057, de 11 de setembro de 2020, em especial da rejeição ao veto, algumas cobranças foram suspensas entre 2020 e 2023, no valor aproximado de R\$ 1,2 bilhão. Esse valor não leva em consideração ainda o seu potencial efeito sobre dívidas já inscritas e em cobrança judicial, tendo em vista o efeito retroativo inserido no parágrafo único da referida Lei n. 14.057, de 2020.

Corroborando os valores de potencial renúncia de receita, consta do portal da Controladoria-Geral da União, em resposta ao Pedido de Acesso à Informação (SIC) 18800012193/2023-96, manifestação da Receita Federal do Brasil informando a suspensão bilionária de valores no período. Ademais, o valor é corroborado com apuração feita pelo jornal O Estado de São Paulo, que informou, em 2020, que o valor “perdoado”, caso o texto do então projeto de lei fosse aprovado, seria, à época, em torno de quase R\$ 1 bilhão (Poder360, 2020).

Apenas para ter um comparativo com outra política pública tributária, é interessante mencionar que o impacto orçamentário da elevação da faixa de isenção do imposto de renda para dois salários-mínimos, pela Lei n. 14.848, de 2024, se encontra estimado em R\$ 3,03 bilhões em 2024 (Doederlein, 2024). Todavia, diferente da Lei n. 14.057, de 2020, a Lei que isenta do pagamento de Imposto de Renda quem recebe até dois salários-mínimos por mês (Lei n. 14.848/2024) impacta positivamente a vida de milhões de brasileiros de baixa renda, tornando o sistema tributário menos regressivo e trazendo maior redistribuição. Com efeito, ao isentar os que ganham até dois salários-mínimos, a carga tributária sobre os mais pobres é aliviada, tornando o sistema menos pesado para aqueles com menor capacidade financeira e aumentando a renda disponível para consumo e necessidades básicas.

Ainda sobre o referido Projeto de Lei, é importante esclarecer que o Tribunal de Contas da União (TCU), na Tomada de Contas 043.192/2021-1, proferiu o Acórdão n. 1691/2023, no qual tratou, entre outros, sobre a renúncia de receitas decorrentes da Lei n. 14.057, de 2020. A rejeição do voto presidencial, pelo Congresso Nacional, ao artigo 8º da Lei n. 14.057, de 2020, suscitou preocupações da Corte de Contas sobre a falta de demonstração de adequação financeira, conforme os requisitos dos artigos 113 do ADCT, e 116 da Lei n. 13.898/2019 (LDO, 2020).

O Tribunal de Contas da União (Brasil, 2023) destacou que, a despeito da presunção de vigência das partes promulgadas após a rejeição de vetos, os benefícios tributários somente poderiam ser efetivamente concedidos,

ou implementados, caso fossem atendidas as exigências orçamentárias e financeiras. Assim, recomendou dar ciência à Casa Civil e ao Ministério da Economia sobre a necessidade de regulamentar as providências administrativas e judiciais nos casos de rejeição de vetos, por parte do Poder Legislativo, que instituem renúncias de receitas sem a devida adequação legal, financeira e constitucional.

Ademais, o TCU também sugeriu que o Poder Executivo ou a Procuradoria-Geral da República

Avaliem a conveniência e a oportunidade de atuarem na via do controle concentrado de constitucionalidade, em face dos indícios de vícios no processo legislativo referente às normas instituidoras de renúncias de receitas tributárias em 2021, bem como na implementação (eficácia) desses benefícios, sem o cumprimento integral dos requisitos constitucionais e legais aplicáveis à espécie (Brasil, 2023).

A sugestão do TCU para que se avalie o eventual ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) contra uma lei cujo veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional, bem como a sugestão de que o Poder Executivo regulamente as situações em que as leis se mostram inexequíveis em razão da inobservância pelo Congresso Nacional das leis de responsabilidade fiscal, levanta questões significativas.

Com efeito, o Congresso Nacional, ao rejeitar o veto presidencial e aprovar uma lei com implicações fiscais, deveria ser plenamente responsável por assegurar a conformidade orçamentária e financeira da legislação. Nesse sentido, o Poder Legislativo poderia adotar medidas de compensação para aumentar a receita, tendo em vista a redução causada pela renúncia (art. 14 da LRF). Destaca-se que o plenário do STF, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, já decidiu que o destinatário primeiro da regra prevista no art. 14 da LRF é o legislador ordinário, que deve se submeter a seus ditames para edição de leis que impliquem renúncia fiscal (STF, ADI 3796/PR). Ainda segundo o Ministro, o objetivo do referido dispositivo “é afirmar a necessidade de planejamento nas contas públicas e conferir transparência ao processo legislativo relativo à concessão de benefícios fiscais” (STF, ADI 3796/PR).

A transferência dessa responsabilidade para o Poder Executivo desvia o ônus do próprio Congresso de cumprir suas obrigações constitucionais e legais. Nessa linha de raciocínio, parece-nos ser dever dos parlamentares assegurarem que medidas legislativas que envolvam renúncias fiscais estejam em conformidade com as normas orçamentárias e financeiras vigentes e não transferirem esse ônus para o Poder Executivo e, indiretamente, para a população, explica-se.

Como não houve, aparentemente, a adoção de medidas de compensação específica, pressupõe-se que a renúncia a favor das entidades religiosas e templos de qualquer culto será arcada pelos cofres públicos e, consequentemente, pela sociedade, via tributos indiretos, independentemente de concordarem ou não com isso. A transferência do ônus tributário passa despercebida. De fato, os contribuintes sequer percebem ou sabem da situação, dada a complexidade tanto do sistema tributário quanto da legislação orçamentária, a qual não identifica com a nitidez desejada do que trata a renúncia e quem arca com os seus custos. Relembre-se a hipótese de Mill, tratada no segundo tópico, em que os impostos indiretos tendem a transferir o ônus para os consumidores finais por meio do sistema de preços.

Ademais, essa transferência do custo tributário tende a tornar o sistema tributário mais regressivo, porque o ônus recai proporcionalmente mais sobre as pessoas que recebem menos, mantendo a desigualdade e inviabilizando a equidade, quando deveria, na realidade, buscar maior progressividade e justiça social.

É importante destacar que esse projeto de lei foi mencionado apenas como exemplo, havendo outros que poderiam ser analisados sob o mesmo prisma teórico, como o projeto de lei das subvenções e o da desoneração da folha de pagamentos. Para garantir uma distribuição justa da carga tributária e a eficácia das políticas públicas, é essencial compreender e mitigar a influência desproporcional de minorias organizadas e grupos de pressão.

Portanto, é fundamental que os formuladores de políticas considerem cuidadosamente a interação entre grupos de pressão e o sistema tributário. Eles devem buscar um equilíbrio entre os interesses de diferentes atores, promovendo um sistema mais justo e eficaz. Para tanto, é necessário ter objetivos claramente estabelecidos, definir prioridades, alocar recursos para alcançá-los e estabelecer uma meta temporal, guiando-se pelos princípios constitucionais.

Isso envolve uma análise detalhada de como as políticas propostas impactam diversos segmentos da população e assegura que nenhum grupo tenha uma vantagem injusta sobre os outros, permitindo uma redistribuição mais equitativa dos recursos públicos e uma melhor implementação das políticas públicas.

Nessa linha, o FMI, o Banco Mundial, a OCDE e as Nações Unidas elaboraram alguns princípios para promover melhor gestão e administração dos incentivos fiscais especialmente em países de baixa renda (FMI *et al.*, 2015). Tendo em vista os aspectos abordados no presente artigo, merecem ser destacados os seguintes princípios: a) divulgar todos os incentivos fiscais para o investimento e seus objetivos; b) administrar incentivos fiscais para investimento com transparência; c) calcular o valor da receita perdida atribuível a incentivos fiscais para investimento e divulgar publicamente

uma declaração de gastos tributários; d) fazer uma revisão periódica da continuidade dos incentivos fiscais existentes, avaliando até que ponto eles atendem aos objetivos declarados; e) destacar os maiores beneficiários de incentivos fiscais para investimento por benefício tributário específico em uma declaração regular de renúncias fiscais, se possível (FMI, 2015).

A adoção desses princípios permitiria um melhor controle, inclusive social, se os benefícios tributários de fato refletissem a equidade, a progressividade, a neutralidade, a eficiência, a justiça e a melhor relação custo-benefício, as quais se propõe no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Este artigo analisou, em um primeiro momento, a importância que os tributos têm na promoção de políticas públicas. Também foi examinada a influência que os grupos de pressão e as elites organizadas possuem sobre o sistema tributário.

Por intermédio da tributação, o Estado tanto consegue arrecadar os recursos de que necessita para desempenhar suas atividades e financiar os direitos e os serviços públicos (função fiscal) quanto desempenha seu papel extrafiscal de intervenção econômica e social, incentivando, induzindo e inibindo comportamento de contribuintes.

A Teoria das Elites e os grupos de pressão explicam a dinâmica de poder observada na concessão de benefícios tributários. A análise revelou como grupos de pressão podem influenciar decisões políticas para obter vantagens fiscais, frequentemente às custas da maioria desorganizada, perpetuando desigualdades e comprometendo a equidade fiscal.

O estudo destacou a ilusão fiscal criada pela complexidade do sistema tributário brasileiro. A estrutura complexa e a má percepção da incidência tributária mascaram a real distribuição do ônus tributário. Grupos de pressão aproveitam essa complexidade para influenciar o Parlamento e obter benefícios fiscais, que passam despercebidos pela população, principalmente por meio dos tributos indiretos, cuja resistência é menor e suportada indistintamente.

Para tanto, foi feito o estudo do projeto de lei que culminou na Lei n. 14.057, de 2020, especificamente sobre o artigo 8º do normativo, que isentou entidades religiosas e templos de qualquer culto de pagar a CSLL. Referido dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República em decorrência da inobservância das regras de responsabilidade fiscal, mas o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional. A falta de medidas de compensação para os impactos bilionários da lei foi criticada, inclusive, pelo TCU, que destacou a necessidade de conformidade orçamentária e financeira para a lei ser considerada exequível.

A complexidade das legislações orçamentárias dificulta a concretização do princípio da transparência fiscal, permitindo que recursos coletivos sejam direcionados para beneficiar alguns grupos de pressão, muitas vezes em detrimento de outros, sem justificativa sólida e sem resistência por parte da população. Isso ocorre porque o sistema é tão complexo que o cidadão comum não consegue compreendê-lo. Esse problema é agravado pela ilusão fiscal, em que os tributos incluídos no preço de bens e serviços são ignorados pelos consumidores.

Em conclusão, este artigo argumenta que a equidade na tributação e a transparência fiscal são cruciais para a justiça social e a coesão social. A concentração de poder nas mãos de elites organizadas e a influência desproporcional de grupos de pressão representam desafios significativos para a formulação de políticas públicas justas e eficazes.

É imperativo que o Congresso Nacional assuma plenamente sua responsabilidade fiscal, nos termos já constantes no ordenamento jurídico, e que os mecanismos de controle interno sejam fortalecidos para assegurar a conformidade orçamentária e financeira das decisões legislativas. Somente assim será possível promover um sistema tributário que realmente beneficie a maioria e contribua para o desenvolvimento sustentável e equitativo do país, porquanto o equilíbrio fiscal é necessário para que o Estado possa implementar e manter as políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. *The quarterly journal of economics*, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983.
- BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org). *Economia do setor público no Brasil*. São Paulo: Elsevier, 2005.
- BITTAR, Paula; MORAES, Geórgia. *Deputados criticam tweet de Bolsonaro sobre voto à isenção de tributo a igrejas*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/692461-deputados-criticam-tweet-de-bolsonaro-sobre-veto-a-isencao-de-tributo-a-igrejas/>. Acesso em: 23 jun. 2024.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: Editora UnB, 1992.
- BORGES, Lana. *Tributação e gênero: políticas públicas de extrafiscalidade e a luta pela igualdade*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. *Emenda ao PL 1581/2020*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1907616&filename=EMP+1+%3D%3E+PL+1581/2020. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. *PL 1581/2020*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1873460&filename=Tramitacao-PL%201581/2020. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. *Estudo do Veto nº 48/2020*. Brasília, DF: CG, 2020c. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13705>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Mensagem nº 517, de 11 de setembro de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2020d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-517.htm. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1581/2020*. Brasília, DF: SF, 2020e. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143502>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Dívidas de igrejas e instituições religiosas no Brasil (2012-2022)* - Pedido 18800012193202396. Brasília, DF: Gov.br, 2024a. Disponível em: <https://buscalai.cgu.gov.br/PedidosLai/DetalhePedido?id=5758971>. Acesso: 23 jun. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Orçamento da Receita*. Brasília, DF: Gov.br, 2024b. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/pagina-interna/603237-orcamento-da-receita>. Acesso em: 22 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3796/PR*. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Sessão Plenária. Março de 2017. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194050>. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acordão 1691/2023*. Processo 043.192/2021-1. Brasília, DF: TCU, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo do Desenvolvimento Econômico. *Referencial de controle de benefícios tributários*. Brasília, DF: TCU; SecexDesen, 2022. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/02/07/24/C0/D61A4810B4FE0FF7E18818A8/Referencial_controle_beneficios_tributarios_web.pdf. Acesso em: 23 de junho de 2024.

BUCCI, Maria Paula D. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula D. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCHANAN, James M. *Public finance in democratic process: fiscal institutions and the individual choice*. North Caroline, USA: University of North Caroline Press, 1987.

CALIENDO DA SILVEIRA, Paulo Antônio. A extrafiscalidade como instrumento de implementação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Revista Jurídica do Cesuca*, v. 2, n. 4, p. 61-86, jul./dez. 2014.

CASTILHOS, Núbia Nette A. O. *Lei de Responsabilidade Fiscal e as Renúncias de Receitas Tributárias: uma abordagem conceitual do art. 14 da LRF*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. *Entre a transparência e a ilusão: a regressividade cognitiva da matriz tributária brasileira*. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

DOEDERLEIN, Natalia. *Nova lei reajusta tabela progressiva do Imposto de Renda*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1057800-nova-lei-reajusta-tabela-progressiva-do-imposto-de-renda>. Acesso em: 22 jun. 2024.

FALCÃO, Maurin Almeida. Os quatro vetores da economia das políticas públicas. *Revista de Políticas Públicas*, v. 28, n. 2, p. 821-838, jan. 2025.

FMI – FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL; OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; BANCO MUNDIAL. *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment - a background paper to the report prepared for the g-20 development working group by the IMF, OECD, UN and World Bank*. Washington-DC: FMI; OCDE; ONU, 2015. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/dec8f496-7d80-5138-a9ea-6febfee0e10e/content>. Acesso em: 28 jan. 2025.

GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Movimentos sociais e grupos de pressão: duas formas de ação coletiva. *Revista Brasileira de Marketing*, v. 7, n. 1, p. 57-65, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder; DE ABREU KALIL, Gilberto Alexandre. O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função

extrafiscal dos tributos: o exemplo do Programa Universidade para Todos (Prouni). A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, n. 66, p. 153-177, 2016.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

JÚNIOR; Janary; DOEDERLEIN, Natalia. *Sancionada lei dos precatórios com veto à isenção de tributo a igrejas*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/692219-sancionada-lei-dos-precatórios-com-veto-a-isencao-de-tributo-a-igrejas>. Acesso em: 23 jun. 2024.

LEROY, Marc. Taxation and policies. In: LEROY, Marc. *Le Financement Des Politiques Publiques, Actes Du Colloque*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014, p. 21-51.

MOTA, Edneia de Oliveira. *Ilusão fiscal e visibilidade tributária: uma abordagem experimental*. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Universidade de Lisboa, Instituto Superior de Economia e Gestão, 2019.

MULLER-MONTEIRO, Eduardo. *Teoria de Grupos de Pressão e uso político do setor elétrico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Energia) – Universidade de São Paulo, Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, 2007.

MUSGRAVE, Richard Abel; MUSGRAVE, Peggy B. *Public finance in theory and practice*. 5 ed. New York: McGraw-Hill Book Company, 1986.

PASSEROTTI, Denis Camargo; CONTI, José Mauricio. *O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Blucher, 2017.

PISCITELLI, Tathiane. *Curso de Direito tributário*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

PODER360. *Projeto de lei aprovado perdoa R\$ 1 bi em dívidas de igrejas, diz jornal*. PODER360, 2020. Online. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/projeto-de-lei-aprovado-perdoa-r-1-bi-em-divididas-de-igrejas-diz-jornal/>. Acesso em: 23 jun. 2024.

PUVIANI, Amilcare. *Teoría de la ilusión financiera*. 2. ed. revisada e corrigida. Tradução, estudo preliminar e notas de Álvaro Rodríguez Bereijo. Madrid: Ministério da Fazenda; Instituto de Estudos Fiscais, 2024.

SANTOS, Cristiano Lange; FURLANETTO, Claudia Paim. Participação feminina na política: exame da Lei nº 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero. *Rivista de Informação Legislativa*, v. 56, n. 223, p. 191-211, 2019.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas: análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SCHATTTSCHNEIDER, Elmer Eric. *The Semisovereign People: a Realist view of Democracy in America*. New York: Wadsworth/Thomson Learning, 1975.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *Sociologia Política: elementos de Ciência Política*. São Paulo: Difel, 1979.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 6. ed. Tradução de Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

UOL PRIME. *Igrejas fantasmas concentram mais de 50% das dívidas de impostos*. José Roberto de Toledo (apres.). Publicado em: 23 maio 2024. [Podcast]. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2E2meV65rwObSiWubfRdwQ?si=oSiP6dUTRhKZ0se2xSQsxg>. Acesso em: 23 jun. 2024.

Recebido: 14/03/2025

Aprovado: 11/04/2024

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE A ÚLTIMA PALAVRA E OS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: BETWEEN THE FINAL WORD AND CONSTITUTIONAL DIALOGUES

José Eduardo de Lima Vargas¹
José Alfredo de Oliveira Baracho Junior²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Século XX: o século da jurisdição constitucional. 2. Da supremacia judicial aos Diálogos Constitucionais. 3. Supremacia judicial e Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF. 3.1. “Supremocracia”: o STF e a última palavra. 3.2. A abertura do STF aos Diálogos Constitucionais. 3.3. Há uma nova jurisprudência do STF sobre Diálogos

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Procurador Federal.

² Pós-doutorado na Harvard Law School (Estados Unidos). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (PUC Minas). Professor adjunto III da PUC Minas.

Constitucionais? 3.3.1. A expansão dos Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF. 3.3.2. Demandas Estruturais e Diálogos Constitucionais. 3.3.3. Diálogos Constitucionais e conciliação sobre a interpretação da Constituição. Conclusão. Referências.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF) pronunciou, em diversas oportunidades, caber-lhe dar a última palavra sobre o significado da Constituição. Há algumas décadas, no entanto, uma nova visão sobre o papel das cortes constitucionais vem tomando corpo: chamadas genericamente de “Diálogos Constitucionais”, diversas teorias vêm defendendo a mitigação da ideia de supremacia judicial ao negarem a ideia de definitividade das decisões das cortes. Essas teorias procuram demonstrar que os poderes majoritários reagem às decisões, interagindo com as cortes e levando a novos entendimentos sobre o significado da Constituição. O presente artigo busca analisar *se e como* essas teorias vêm sendo absorvidas pela jurisprudência do STF. Concluímos ser possível identificar, de fato, uma mudança na percepção que o STF tem sobre sua função precípua de guarda da Constituição, evidenciada por uma jurisprudência que reconhece no diálogo o potencial de melhor assegurar a efetividade da Constituição. Por outro lado, são identificadas situações nas quais o STF se coloca em uma posição de supervisor da implementação judicial de políticas públicas, ampliando o ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Supremacia judicial. Dificuldade contramajoritária. Reações dos poderes majoritários. Diálogos Constitucionais.

ABSTRACT: The Brazilian Supreme Court (STF) has asserted on various occasions that the Court has the final word on the meaning of the Constitution. However, in the last few decades, a new approach of the role of courts has been taking shape: generically called “Constitutional Dialogues”, many theories have been advocating the mitigation of this idea by denying the finality of court decisions, seeking to demonstrate, empirically or normatively, that majoritarian powers can react to those decisions by interacting with the courts in a way that can lead to a new meaning of the Constitution. This article seeks to analyze if and how these theories have been absorbed by the Court’s jurisprudence. We conclude that it is indeed possible to identify a change in the STF’s perception of its role as guardian of the Constitution, evidenced by jurisprudence that increasingly vocalizes the Court’s role in fostering interaction between powers, recognizing in dialogue the potential to better ensure the effectiveness of the Constitution. On the other hand, situations are identified in which the STF positions itself

as a supervisor of the judicial implementation of public policies, expanding judicial activism.

KEYWORDS: Brazilian Supreme Court. Jurisprudence. Judicial supremacy. Countermajoritarian difficulty. Reactions of majoritarian powers. Constitutional Dialogues.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou, em diversas oportunidades, lhe caber dar a última palavra sobre o significado da Constituição. Essa posição expressa a ideia de supremacia judicial: ainda que possa haver vários sentidos sobre o que diz a Constituição, é a interpretação que venha a lhe ser dada pelo STF a que prevalecerá. As origens dessa ideia remontam à famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, que reconheceu caber ao Poder Judiciário interpretar a Constituição e atuar contra eventuais abusos legislativos.

No entanto, quando, em nome da Constituição, uma Corte integrada por membros não eleitos limita a possibilidade de atuação dos poderes majoritários e “diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (Ely, 2010, p. 8), nos deparamos com um conflito entre a Constituição (ou, pelo menos, a interpretação dada a ela pelo seu intérprete final) e o princípio democrático, que pressupõe, em alguma medida, a representação popular nas esferas decisórias. Essa tensão foi imortalizada na expressão “dificuldade contramajoritária” cunhada por Bickel (1986) e é objeto de grandes debates na teoria constitucional.³

Uma das respostas a essa dificuldade é dada pelos Diálogos Constitucionais, “metáfora ubíqua” utilizada para descrever as interações entre cortes e instituições políticas relacionadas à interpretação da Constituição (Bateup, 2006). Os Diálogos Constitucionais negam, descritivamente, que haja uma última palavra sobre a interpretação da constituição e pretendem superar o conflito entre constitucionalismo e democracia afirmando que “se os poderes majoritários e o povo puderem responder às decisões judiciais de uma maneira dialógica, a dificuldade contramajoritária está superada, ou, pelo menos, muito atenuada” (Bateup, 2006, p. 1109-1110, tradução livre).

Procuramos, neste artigo, analisar a jurisprudência do STF com vistas a identificar como os Diálogos Constitucionais vêm sendo nela tratados e eventuais impactos que a possível mitigação da supremacia judicial vem

³ Diversos caminhos vêm sendo apontados para a superação dessa dificuldade. Uma boa revisão desses argumentos é procedida por Nímer Sultany (2012), que aponta quatro grandes grupos de argumentos: os discursos que (i) negam a tensão entre democracia e jurisdição constitucional (“*deniers*”), os que (ii) a reconhecem e advogam a possibilidade de reconciliação (“*reconcilers*”), os que (iii) enxergam a incompatibilidade e optam pela prevalência da jurisdição constitucional, ou seja, a endossam (“*endosser*”), e os que, (iv) diante da incompatibilidade, renunciam a ela em favor do Poder Legislativo (“*dissolvers*”) (Sultany, 2012).

tendo na compreensão que o STF tem do papel que ele deve desempenhar no exercício de sua competência precípua de guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da Constituição da República.

Nos dois primeiros capítulos, iremos contextualizar a expansão da jurisdição constitucional ocorrida sobretudo no século XX e expor as linhas gerais dos Diálogos Constitucionais para, no terceiro capítulo, analisarmos a jurisprudência do STF relativa aos Diálogos Constitucionais.

Em razão dos resultados da pesquisa, o terceiro capítulo foi subdividido em três: em um primeiro momento, tratamos da expansão dos Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF de forma geral, e, nos dois últimos, focamos em aplicações específicas dos Diálogos na jurisprudência da Corte: casos nos quais as referências estavam relacionadas a demandas estruturais e casos nos quais as referências estão postas em um contexto de negociação entre as partes interessadas, nos quais o STF parece estar propenso a admitir conciliações sobre o conteúdo de direitos constitucionais.

Concluímos este artigo afirmando a existência de uma jurisprudência atual do STF que dá destaque a um papel da Corte de fomentadora do diálogo entre os poderes e a sociedade, ainda que, em alguns casos, recrudescendo a um papel de tutor de políticas públicas complexas, e que também demonstra sua maior disposição a delegar aos demais poderes a busca por uma solução consensual definitiva sobre temas constitucionais controversos.

Essas novidades parecem causar apreensão e até mesmo desconfiança, sobretudo por parte daqueles que podem ter seus direitos constitucionais potencialmente impactados de forma negativa, mas enxergamos nessa jurisprudência um movimento gradual, saudável e consistente do STF, que produz uma jurisprudência preocupada com o déficit democrático das decisões da Corte e nos parece potencialmente capaz de levar à ampliação dos canais de participação democrática nos processos constitucionais.

1. SÉCULO XX: O SÉCULO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O século XX foi o século da jurisdição constitucional. A afirmação do presidente da Suprema Corte de Israel no julgamento *United Mizrahi Bank vs. Migdal Cooperative Village*, no ano de 1995, evidencia a hegemonia alcançada pelas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes no exercício de seus papéis de intérprete da Constituição.

O julgamento tem como referência histórica outro caso judicial: a famosa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, que reconheceu caber ao Poder Judiciário interpretar a Constituição e atuar contra eventuais abusos legislativos. O voto do juiz Marshall é o marco do surgimento da jurisdição constitucional, ao

institucionalizar a ideia de que o Poder Judiciário pode, em defesa da Constituição, impor limites aos demais poderes, afirmando, assim, a ideia da supremacia da Constituição (Barroso in Neves, 2018, p. 379).

Até o início do século XX, a jurisdição constitucional era um instrumento existente basicamente nos Estados Unidos, sendo encontrada em outros países, inclusive no Brasil, de forma isolada.⁴ Após a Segunda Guerra Mundial,⁵ no entanto, o mundo experimentou uma expansão da jurisdição constitucional, inspirada em um modelo de controle de constitucionalidade que teve em Hans Kelsen o seu maior idealizador, e que foi incorporado na Constituição da Áustria de 1920.⁶ Kelsen (2013) concebia a jurisdição constitucional como uma atividade legislativa, de um legislador negativo, ou seja, vocacionada a retirar do ordenamento jurídico uma norma inferior incompatível com uma norma superior, e sustentava a necessidade de criação de um órgão autônomo para exercer essa função.

Além desse ímpeto pós-guerra, a expansão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional teve fortes impulsos com o fim dos regimes coloniais e com a abertura democrática dos países da Europa Oriental após a queda do Muro de Berlim.⁷

Como resultado dessas ondas de constitucionalização, Ginsburg (2008, p. 81) estimava que, em 2008, 158 de 191 sistemas constitucionais já estabeleciam alguma forma de jurisdição constitucional. Essa expansão das atribuições do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes caracterizou uma era de expansão global desse poder judicial (Tate; Vallinder, 1995), efetivada por meio de reformas constitucionais que reorganizaram os poderes estatais na direção do que Hirschl (2020) chamou de “juristocracia”.

O Brasil está plenamente inserido nesse processo de expansão da jurisdição constitucional. A ampliação dos poderes do STF fez com que Oscar Vilhena Vieira (2008) cunhasse o termo “supremocracia” para se referir tanto ao comando que a Corte exerce sobre o Poder Judiciário no Brasil quanto para se referir “à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”.⁸

⁴ Ginsburg não cita o Brasil, mas menciona a existência de previsões de controle de constitucionalidade na Noruega, em Portugal, no Canadá e na Austrália (Ginsburg, p. 84).

⁵ Tate; Vallinder, 1995; Ginsburg, 2008; Hirschl, 2020.

⁶ Ginsburg considera a adoção desse modelo de jurisdição constitucional como uma “segunda onda” de sua expansão, que alcançou, além da Áustria, a Alemanha, Portugal, Itália e Espanha (Ginsburg, 2008, p. 85).

⁷ Trata-se da segunda onda de democratização e expansão da jurisdição constitucional (Ginsburg, 2008, p. 87).

⁸ É interessante observar que, no caso brasileiro, aponta-se também um crescente exercício dos poderes institucionais da Corte pelos ministros individualmente – uma “alocação individual descentralizada” desses poderes –, o que Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro denominaram de “ministrocracia”. No artigo *Ministrocracia: O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro*, Arguelhes e Ribeiro mapeiam “como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório”, identificando como, no Supremo Tribunal Federal, a alocação de poderes é “individualizada e descentralizada” (Arguelhes; Ribeiro, 2018, p. 13).

2. DA SUPREMACIA JUDICIAL AOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

O movimento de fortalecimento da jurisdição constitucional tem dois grandes pilares, as ideias de supremacia da Constituição e de supremacia judicial, explicitadas nas palavras que se seguiram à já citada afirmação da Suprema Corte de Israel, de que o século XX foi o século da jurisdição constitucional:

The twentieth century is the century of judicial review. It imparts real meaning to the principle of constitutionality, to constitutional democracy and to the proper balance between majority rule and human rights, between the collective and the individual. It may be said that whoever argues that judicial review is undemocratic is in effect arguing that the constitution itself is undemocratic (Israel, 1995).

No caso, a Corte israelense, por decisão judicial, afirmou sua prerrogativa de controlar a constitucionalidade dos atos praticados pelos outros poderes, em decisão que guarda singular semelhança com seu famoso antecedente histórico, *Marbury v. Madison*, de quase duzentos anos antes. Essa afirmação, registre-se, foi proferida em julgamento que implementou efetivamente a jurisdição constitucional em Israel. Na decisão, a Corte reconhece que as Leis Básicas de Israel não afirmavam expressamente essas supremacias:

The two Basic Laws contain no ‘supremacy clause.’ What is the law in such a situation? It seems to me that our legal tradition requires us to conclude that the remedy for an unconstitutional law is its invalidation, and that the courts have been endowed with the authority to declare it invalid. Just as a regulation that conflicts with statute is void and may be declared as such by the court, so too should be the case when a regular law conflicts with a Basic Law; the law is void and the court is empowered to declare it so (Israel, 1995).

Apesar de reconhecer a ausência de norma que assegure expressamente qualquer forma de supremacia e de fundamentar sua autoridade em uma tradição, a Corte se sentiu à vontade para afirmar, como visto, que sustentar que a jurisdição constitucional é antidemocrática seria argumentar que a própria Constituição é antidemocrática. Trata-se de evidente confusão entre as ideias de supremacia judicial e de supremacia da Constituição.⁹

⁹ Nesse sentido, Rodrigo Brandão (2022) tem como um dos objetivos de sua pesquisa, que culminou com a publicação da obra *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, “desfazer o equívoco propagado pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira no sentido de considerar a supremacia judicial uma consequência natural da Constituição e do Estado de Direito” (Brandão, 2021, p. 31).

O argumento, pouco democrático na medida em que blinda um poder de críticas ao exercício de atividades tão relevantes como o controle de constitucionalidade e a efetividade de direitos humanos, não é uma unanimidade. Na verdade, é justamente o déficit democrático da jurisdição constitucional que vem sendo objeto de preocupações doutrinárias e pretorianas. Assim, justificar a jurisdição constitucional ou criticá-la é tema de diversos estudos, de forma que “a relação entre jurisdição constitucional e democracia continua precária e é objeto de constantes discussões” (Grimm, 2023, p. 135).

Uma tentativa de superar esse dilema que vem ganhando força nos últimos anos é aquela formulada pelos *Diálogos Constitucionais*.¹⁰ Catherine Bateup (2006), em importante estudo sobre os Diálogos Constitucionais, assim apresenta o tema:

Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review. Within constitutional theory, contemporary scholars have tended to fixate upon finding an objective theory of interpretation that provides an appropriate methodology for judges to follow when interpreting constitutional provisions in order to enhance their legitimacy. Theories of constitutional dialogue offer an alternative way of filling the legitimacy lacuna, because if the political branches of government and the people are able to respond to judicial decisions in a dialogic fashion, of the countermajoritarian difficulty is overcome, or at the very least, greatly attenuated (Bateup, 2006, p. 1109-1110).

Como fica evidenciado a partir desse estudo, há uma diversidade de propostas, descriptivas e normativas, que são acomodadas sob o guarda-chuva da expressão “Diálogos Constitucionais”. Elas têm em comum a rejeição à ideia de supremacia judicial, pelo menos em seu sentido forte: para essas teorias, ao decidir casos constitucionais, “os juízes se envolvem em uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional” (Bateup, 2006, p. 1109). Os Diálogos Constitucionais despontam, assim, “como alternativa para a defesa do controle de constitucionalidade e de um judiciário politicamente forte e eventualmente ativista, sem que se adira, contudo, à supremacia judicial” (Brandão, 2022, p. 31).

Procuraremos, no próximo capítulo, examinar o quanto a jurisprudência do STF está ancorada na visão tradicional de supremacia judicial e como ela tem reagido às novas perspectivas trazidas pelos Diálogos Constitucionais.

¹⁰ A primeira e uma das mais importantes formulações dentre as teorias dos diálogos é aquela concebida por Hogg e Bushell, também chamada de “Diálogo Constitucional” (Hogg; Bushell, 1997). Por essa razão, autores como Rodrigo Brandão (2022) reservam a expressão “teoria dos diálogos constitucionais” para se referirem especificamente a essa teoria, reservando a expressão mais abrangente, “diálogos constitucionais”, para se referir a essa tendência geral.

3. SUPREMACIA JUDICIAL E DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1. “Supremocracia”: o STF e a última palavra

Em consonância com a ideia de supremacia judicial construída a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, e com a expansão global da jurisdição constitucional, também o STF se afirmou, em diversas oportunidades, titular do “monopólio da última palavra”¹¹ em matéria de interpretação da Constituição, “intérprete final da Lei Fundamental”¹² e “intérprete maior da Constituição”.¹³ Esses termos caracterizam a supremacia judicial, ou seja, a ideia de que, ainda que outros poderes, instituições ou pessoas possam, legitimamente, interpretar a Constituição, quem tem a última palavra – a palavra suprema, portanto – sobre o seu sentido é o Poder Judiciário e, de forma mais específica, as Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais.

Isso não significa, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal desconheça a *dificuldade contramajoritária* enunciada por Bickel.¹⁴ No julgamento da ADI 5.679 MC/DF, por exemplo, o ministro Roberto Barroso reconhece que “a jurisdição constitucional (...) suscita a chamada dificuldade contramajoritária” (Brasil, 2017b), especialmente quando o seu exercício é direcionado ao controle das reformas constitucionais.

A tensão entre jurisdição constitucional e democracia também está presente na jurisprudência do STF quando a Corte fala sobre “a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas [pelo STF]” e cita “um indesejável ‘deficit’ de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, ‘in abstracto’, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional”, ou quando incorpora em seu vocabulário “aquilo que Grimm denominou de ‘risco democrático’”.¹⁵

¹¹ Essa expressão é encontrada sobretudo em votos do ministro Celso de Mello, conforme pesquisa de jurisprudência no sítio do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve retorno de 26 acórdãos em pesquisa da expressão “monopólio da última palavra”, todos empregados pelo ministro Celso de Mello à exceção da ADI 5.526/DF, na qual a expressão foi incorporada em seu voto pela Ministra Rosa Weber, quando esta se referiu expressamente a votos do então Decano da Corte (Brasil, STF, 2024f).

¹² Expressão utilizada pelo ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 2.797. A expressão foi utilizada também pelo ministro Gilmar Mendes na AP 413/SC, além de diversas outras citações similares em decisões monocráticas de diversos ministros (Brasil, STF, 2024g).

¹³ Expressão utilizada pelo ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 6.387, pelo ministro Joaquim Barbosa, no AI 626.214 AgR, e pelo ministro Néri da Silveira, na Rcl 500 (Brasil, STF, 2024h).

¹⁴ A conhecida expressão, cunhada por Alexander Bickel (1986), é bem expressiva da tensão entre a jurisdição constitucional exercida pelo Poder Judiciário e as decisões majoritárias dos poderes eleitos e é ser bem apresentada nos seguintes termos empregados por Bickel: “... when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it” (Bickel, 1986, loc. 368).

¹⁵ Todas essas expressões podem ser encontradas no voto do ministro Celso de Mello, então Decano da Corte, na ADPF 187/DF, ilustrativo dessa tensão (Brasil, 2011).

3.2. A abertura do STF aos Diálogos Constitucionais

Embora a ideia de supremacia judicial, pela qual a Corte se via como maior intérprete da Constituição, fosse predominante na jurisprudência do STF, nela podiam ser encontradas esporadicamente referências aos Diálogos Constitucionais.¹⁶ Essas primeiras menções são encontradas em votos do ministro Luiz Fux, sendo a mais antiga delas¹⁷ o seu voto na ADI 4.425, em março de 2013, no qual o ministro destacou haver “uma espécie perigosa de supremacia judicial” que nega “qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais” (Brasil, 2013). Em seu voto, o ministro asseverou, citando a doutrina de Rodrigo Brandão, que um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, cada uma contribuindo com suas específicas capacidades institucionais, é fundamental para a realização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito (Brasil, 2013).

O voto do ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 4.650, em setembro de 2015, também é relevante e veio a se tornar o precedente citado posteriormente por outros ministros.¹⁸ Nesse voto, o ministro parece adotar o proceduralismo de Ely na sua justificativa dos papéis centrais da jurisdição constitucional, quais sejam: “(i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias” (Brasil, 2015a). Referindo-se especificamente aos Diálogos Constitucionais, afirmou o ministro:

4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscentricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descriptivamente e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas; além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo

¹⁶ A pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF por “‘diálogos constitucionais’ ou ‘diálogo constitucional’ ou ‘diálogos institucionais’ ou ‘diálogo institucional’ ou ‘diálogos interinstitucionais’ ou ‘diálogo interinstitucional’” teve como resultado 53 acórdãos. Trata-se do número encontrado em 23 de outubro de 2024 (Brasil, STF, 2024j).

¹⁷ A mais antiga que encontramos na pesquisa de jurisprudência realizada do sítio eletrônico do STF. Vide nota de rodapé n. 14.

¹⁸ Como exemplificam os votos nas medidas cautelares das ADI 7.058 e 5.795.

e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. (...) (Brasil, 2015a, grifo nosso).

No julgamento da ADI 5.105, em outubro de 2015, o ministro dedicou todo um capítulo do seu voto a “*Braves Reflexões Acerca dos Limites e Possibilidades de Superação Legislativa dos Precedentes do Supremo Tribunal: a Teoria dos Diálogos Institucionais*”. Em suas reflexões, o ministro atribui à jurisdição constitucional “a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo” e, mais uma vez, reitera sua visão de que o modelo constitucional vigente no país não dá suporte a um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), que seria empiricamente insustentável e normativamente indesejável (Brasil, 2015b). O julgamento também evidencia uma visão crítica do ministro Roberto Barroso à visão tradicional de supremacia judicial e, assim, uma inclinação pela perspectiva defendida por essas teorias:¹⁹

A segunda discussão trazida pelo voto do Ministro Luiz Fux, e que me parece essencial no debate constitucional contemporâneo, diz respeito à *dualidade supremacia judicial e diálogos institucionais*. Na visão tradicional, prevalece a ideia de supremacia judicial, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra na interpretação, isto é, na definição do sentido e do alcance da Constituição. Essa visão, no entanto, tem sido atenuada, cedendo espaço, a meu ver para bem, para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional (Brasil, 2015b, grifo nosso).

Embora as referências aos Diálogos Constitucionais estivessem concentradas fundamentalmente nos votos dos ministros Luiz Fux²⁰ e Roberto Barroso,²¹ podiam ser encontradas referências aos Diálogos Constitucionais

19 Outra interessante contribuição do ministro Barroso à internalização dos Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF é dada pelo seu voto no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.825, em especial na nota de rodapé n. 11: “*Muitos afirmam que o Poder Judiciário possui a ‘última palavra’ na interpretação constitucional. Essa visão, contudo, é de improável conformação prática em um contexto de democracia deliberativa e de pluralismo político. As teorias dialógicas apresentam-se, portanto, como teorias mais adequadas na mediação entre o controle judicial e o regime democrático*, estabelecendo ao mesmo tempo uma visão mais fiel da realidade e um projeto mais produtivo de elaboração da decisão política final (ou provisoriamente final). De uma forma geral, as teorias do diálogo institucional ou diálogo constitucional defendem que o exercício do controle judicial de constitucionalidade está inserido em uma conversa interativa, interconectada e dialética com diversos atores (...).” (Brasil, 2019a, grifo nosso). Em outros casos, como na ADPF 709 MC, também de relatoria do Min. Barroso, a referência aos Diálogos Institucionais parece estar mais voltada à forma de implementação de decisões do que propriamente à interpretação não exclusiva da Constituição (Brasil, 2020d).

20 Caso das ADI 4.425, ADI 4.357, ADI 4.650, ADI 5.105, MS 2.7931, ADI 4.066, ADC 42, ADI 5.624 MC-Ref, ADI 5.592, MS 2.7931, ADI 5.337.

21 Caso das ADI 4.650, ADI 5.105, ADPF 378 MC, ADO 25, ADO 26, ADPF 709.

em manifestações isoladas de outros ministros, ainda que sem o mesmo aprofundamento teórico apresentado nos votos citados.

Na ADI 4.650, na ADO 25 e no RE 566.622, julgados em 2015, 2016 e 2017, respectivamente, o ministro Teori Zavascki mencionou os Diálogos Constitucionais ao defender uma postura da Corte de maior deferência às opções legislativas. Em seu voto na ADI, o ministro avançou nas críticas à atuação contramajoritária do STF, que alcançaram, em suas palavras, a própria forma de diálogo proposta no julgamento. Para o ministro, sob o pretexto de dialogicidade, a Corte estaria, na verdade, realizando “apenas um monólogo unidirecional”, por meio do qual exortaria o Poder Legislativo a legislar em determinado sentido, sob pena de ser transferida essa incumbência a outro órgão (Brasil, 2015a). Na ADO 25 (Brasil, 2016c), o ministro defendeu “uma forma de diálogo” consistente na concessão de prazo para deliberação pelo Poder Legislativo, mas sem que fosse antecipada uma consequência decorrente da não superação da omissão. É interessante em seu argumento o reconhecimento de que o não alcance de consensos, que pode estar na raiz da ausência da norma, é uma possibilidade inerente ao sistema representativo e democrático. Finalmente, no mencionado RE (Brasil, 2017a), o ministro recomendou a “promoção do diálogo institucional entre os poderes” por meio da concessão de prazo ao Congresso, solução que, em sua visão, “seria certamente mais prudente do que a mera declaração de inconstitucionalidade”.

No julgamento da ADC 42, o ministro Dias Toffoli também expressa adesão à postura de deferência judicial à interpretação constitucional dos demais poderes (Brasil, 2018).²² É interessante também observar que, nesse julgamento, o ministro Fachin²³ se referiu aos Diálogos Constitucionais não para mitigar a supremacia judicial, mas para reforçar o protagonismo judicial na afirmação da supremacia constitucional.

22 Apesar de não se referir diretamente aos Diálogos Constitucionais, o voto do ministro é carregado do vocabulário típico dessas teorias e em especial daquelas vertentes mais alinhadas ao minimalismo judicial. Nesse caso, o ministro reconheceu a virtude das decisões legislativas decorrentes de “um diálogo democrático amplo, envolvendo parlamentares, governos, ambientalistas e ruralistas, no contexto do qual opiniões dissonantes tiveram voz no espaço público”, extraíndo daí o argumento em defesa da autocontenção do STF, “espaço qualificado por uma intersubjetividade muito mais restrita que a existente no Poder Legislativo” (Brasil, 2018).

23 Afirmou o ministro Fachin: “Se é certo, como assentou o e. Ministro Luiz Fux, que ‘a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas’, não pode o Poder Judiciário, no exercício da competência que lhe é constitucionalmente imposta, deixar de examinar a legislação à luz do texto Constitucional. Isso porque ‘levar em conta as capacidades institucionais de juízes e corte não significa (...) negar a possibilidade de controle jurisdicional das leis ou políticas públicas’ (GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2017, p. 148)” (Brasil, 2018). Embora o ministro Fachin tenha apropriado lições dos Diálogos Constitucionais para, nesse caso, reforçar a ideia de supremacia judicial, é possível identificar em outros julgamentos a defesa pelo ministro de uma postura de maior autocontenção em razão das limitações institucionais do Poder Judiciário e, assim, maior deferência às competências do Poder Executivo. Em decisão monocrática na ADI 3538 (Brasil, 2017), reconheceu o ministro que o judiciário não detém “por mais relevante que seja sua missão, capacidade institucional” para substituir os poderes majoritários suas funções nesses casos. No mesmo sentido, a manifestação do ministro nas ADO 42 AgR/DF e 43 AgR/DF.

Caso especialmente interessante relativo ao tema dos Diálogos Constitucionais é o julgamento pelo STF da ADO 26, em 2019. O julgamento tem especial relevância para a pesquisa sobre supremacia judicial e Diálogos Constitucionais em razão de um fato incomum: durante o julgamento, o Relator do caso, ministro Celso de Mello, recebeu, do Senado Federal, manifestação informando sobre a tramitação, no âmbito daquela Casa Legislativa, de propostas no sentido de suprir a omissão normativa que estava no centro da discussão da Corte (a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas), o que fez com que o STF se debruçasse sobre essa interação entre os poderes e a eventual prejudicialidade decorrente dessas movimentações do Parlamento. Apesar das diversas referências aos Diálogos Constitucionais²⁴ e das sinalizações recorrentes a uma deferência ao Poder Legislativo, o STF decidiu pelo prosseguimento do julgamento (Brasil, 2019b).²⁵ O julgamento da ADO 26 também expôs duas circunstâncias nas quais os ministros Barroso e Fux, simpáticos às formulações das teorias dos diálogos, parecem admitir maior proeminência à voz pretoriana, colocando anteparos à deferência judicial: quando o que está em jogo é a proteção de direitos humanos²⁶ ou a dignidade da jurisdição – nesse caso, quando o “diálogo” é percebido pela Corte como uma retaliação a ela ou a seus membros.²⁷ Diante dessas considerações, o desfecho do julgamento da ADO 26 reforça o viés juriscêntrico da jurisprudência do STF, mesmo em um caso permeado por discussões sobre Diálogos Constitucionais.

²⁴ Nos debates em plenário, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a comunicação feita pela Presidência do Senado Federal era “um exemplo do diálogo institucional que deve imperar entre os Três Poderes” (Brasil, 2019b). O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também ressaltou “que o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes. Isso porque a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avalia a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas” (Brasil, 2019b).

²⁵ Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, para os quais as recentes atuações do Congresso Nacional tornariam desnecessário o provimento judicial.

²⁶ Nesse sentido, afirmou o ministro Barroso: “25. (...) quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são opõiveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin”. Além disso, embora tenha afirmado “ser o caso de se estabelecer um respeitoso diálogo com o Congresso Nacional e a sociedade, à luz da teoria constitucional e da teoria democrática”, parece-nos haver, no voto do ministro Barroso, uma evidente inclinação a favor de uma ideia de superioridade da interpretação da Constituição levada a cabo pelas Cortes, quando afirma que “a interpretação constitucional é o papel típico do STF, um exercício de razão pública”, ao contrário da atividade legislativa, que seria “um ato de vontade” (Brasil, 2019b). Sobre esse ponto, é especialmente revelador do pensamento do ministro Roberto Barroso o artigo de sua autoria *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria* (2015).

²⁷ “Sucedeu que o ilustre Decano, com muita propriedade, traz fatos antecedentes gravíssimos. (...) E, efetivamente, o que antecedeu esse requerimento cordial, harmônico, urbano, obediente à harmonia dos Poderes foi algo inusitado: foi um pedido de impeachment por crime de hermenêutica. (...) De toda maneira, é um ato atentatório à dignidade da jurisdição. (...) É por essa razão que, se esse requerimento, da forma como foi formulado, não tivesse sido antecedido dessas manifestações, desse episódio – do local para onde esse projeto de lei vai voltar, porque ele não vai ficar no Senado, ele vai para a Câmara dos Deputados –, eu confesso que cogitaria, com todo respeito ao eminentíssimo Decano, que nós deveríamos, digamos assim, ponderar um critério de deferência política. Mas o quadro não é esse!” (Brasil, 2019b).

Observa-se, assim, que até o final da década de 2010, à exceção dos votos dos ministros Fux e Barroso, nos poucos casos em que a jurisprudência do STF fez referência aos Diálogos Constitucionais, essa referência esteve inserida mais em um contexto de justificação da atuação intervencionista da Corte do que propriamente em um cenário de deferência ao Parlamento ou mitigação da supremacia judicial,²⁸ com esporádicas exceções como as anteriormente expostas.

3.3. Há uma nova jurisprudência do STF sobre Diálogos Constitucionais?

3.3.1. A expansão dos Diálogos Constitucionais na jurisprudência do STF

A partir da década de 2020, e de forma especial de 2022 em diante, é possível observarmos a expansão das citações a essas teorias, sobretudo no que se refere à pluralidade de ministros que se referem a elas, e à maior profundidade teórica dessas novas menções, no sentido de efetiva deferência da Corte às capacidades interpretativas dos demais poderes e da sociedade. Assim, no julgamento da ADI 7.058 MC, ocorrido em março de 2022²⁹, o ministro Fachin debateu o tema de forma mais profunda.³⁰ Além de fazer referência à teoria dos diálogos e ao voto do ministro Fux no julgamento

²⁸ Também podiam ser encontradas na jurisprudência da Corte, em alguns casos, o uso das expressões “diálogo institucional” e “diálogo interinstitucional” relacionadas não à teoria em discussão, mas a um sentido de relacionamento político-institucional mais amplo. É o caso da manifestação do ministro Dias Toffoli no MS 34.483, na qual é feita menção a “um ambiente de diálogo institucional, em que o Poder Executivo sinaliza o montante da frustração de receita (...) e os demais Poderes e órgãos autônomos da República, no exercício de sua autonomia administrativa, promovem os cortes necessários em suas despesas” (Brasil, 2016a). Da mesma forma, quando o ministro Fachin se refere a um “necessário diálogo interinstitucional subjacente à resolução dos dilemas do federalismo fiscal brasileiro” (Brasil, 2016b), no julgamento do RE 705.423/SE, parece-nos não estar o eminentíssimo ministro se referindo aos Diálogos Constitucionais no sentido específico aqui tratado. Referência em sentido mais amplo também pode ser encontrada nas suas manifestações nos julgamentos das ADI 5.476/RN, 5.409/BA e 5.072/RJ, nas quais, embora tenha feito menção à pertinência de “Diálogos Institucionais entre os Poderes e participação cívica ativa para autodeterminar um critério de justiça intergeracional da comunidade política” (Brasil, 2019d.; 2020c), observa-se que o diálogo proposto está relacionado a questões de caráter econômico, e não à interpretação constitucional. Também parece não se referir aos Diálogos Constitucionais o Decano da Corte, ministro Celso de Mello, quando, no julgamento do MS 27.931, fala em “diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo” (Brasil, 2017c). No caso, a afirmação está inserida em um contexto em que o Decano exergava um “abuso presidencial na edição de medidas provisórias” que levava a um “grave comprometimento da função precípua do Congresso Nacional provocado pelo bloqueio da pauta de cada uma de suas casas, em razão da existência de medida provisória pendente de apreciação” (Brasil, 2017c). O ministro Gilmar Mendes também faz referência a “diálogo institucional” em sentido abrangente quando, em seu voto na ADI 3.754/SP, afirma que “a Constituição Brasileira, apesar de dotar o município de grande autonomia política, administrativa e financeira, limitou a autonomia municipal ao diálogo institucional e a articulação necessária entre o interesse local e o interesse geral” (Brasil, 2020b).

²⁹ Registre-se que aqui, mais uma vez, o ministro Fux renova seus argumentos favoráveis à deferência ao parlamento a partir do ponto de vista dos Diálogos Constitucionais, dedicando um capítulo de seu voto, intitulado “*B) Autocontenção Judicial, Deferência Democrática e Capacidades Institucionais*”, a esse tema.

³⁰ Como já exposto, o ministro Fachin já vinha demonstrando inclinação pelos Diálogos Constitucionais em votos anteriores, como no já citado julgamento da ADI 3.538, e nas ADO 42 AgR/DF e 43 AgR/DF, mas sem a profundidade identificada no voto da ADI 7.058. No julgamento da ADI 2.975, ocorrido em dezembro de 2020, o ministro Fachin também demonstra clara deferência à interpretação Constitucional realizada pelo Parlamento, tendo inclusive afirmado que “*a criação de uma cultura institucional de compartilhamento de responsabilidades e de diálogos institucionais exige a adoção de uma postura de deferência por parte desta Corte às atribuições e decisões do Congresso*. Do contrário, corre-se o risco de se atribuir ao STF a função de tutor ou superego dos demais poderes e da sociedade, inclusive com a diminuição do papel da política e da cidadania, o que não parece ter sido o objetivo da Constituinte de 1988” (Brasil, 2020g).

da ADI 4.650, o ministro Fachin enfatizou uma necessária “cautela e quiçá um certo ceticismo em relação à efetividade desse diálogo” (Brasil, 2022a), ressaltando, com referência à doutrina de Miguel Gualano de Godoy, duas barreiras à sua efetividade: o mecanismo de freios e contrapesos carece de um desenho institucional que favoreça a dialogicidade, e faltam mecanismos de participação e controle popular sobre seus representantes.

Nesse mesmo julgamento, o ministro Nunes Marques afirmou, em seu voto, ser “imprescindível guardar certa deferência institucional em relação às opções feitas pelas Casas Legislativas, em especial quando esse diálogo vem aperfeiçoado ante a análise e rejeição de voto formulado pelo Chefe do Poder Executivo ao dispositivo em questão” (Brasil, 2022a), citando, na sequência, o ministro Fux, cujo escólio já foi bastante explorado neste artigo.

Em agosto de 2022, no julgamento da ADI 5.795 MC, foi a ministra Rosa Weber quem discorreu sobre os Diálogos Constitucionais³¹ e, no mês seguinte, foi a vez do ministro André Mendonça incorporar referências aos Diálogos Constitucionais em seu voto na ADI 7.222,³² especialmente à formulação de Mark Tushnet, “por ressaltar a importância do diálogo entre os poderes para o avanço da democracia” (Brasil, 2022c).

Como se vê, as referências aos Diálogos Constitucionais passam a aparecer, na década de 2020, em votos de variados ministros e com maior profundidade, com sinalizações cada vez mais claras de que o STF vem gradativamente se deslocando da posição de único, último ou maior intérprete da Constituição.

3.3.2. Demandas Estruturais e Diálogos Constitucionais

A jurisprudência sobre Diálogos Constitucionais no STF vem se expandindo também de forma a alcançar um grupo específico de demandas que possuem características peculiares: as chamadas “demandas estruturais”. São especialmente elucidativos os votos do ministro Gilmar no HC 143.988

³¹ Afirmou a ministra: “Iniciou-se, desse modo, aquilo que a doutrina chamava de diálogo institucional (...) tendo este Tribunal atuado como verdadeiro catalisador deliberativo, de modo a estruturar a democracia como regime de maioria, mas que também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos (MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214). (...)” (Brasil, 2022b).

³² Nesse julgamento, o ministro Fachin, embora sempre recordando as preocupações da doutrina quanto ao “uso do conceito de ‘capacidades institucionais’ para escamotear a justificação para a deferência que as cortes constitucionais devem ter com as decisões dos outros poderes”, reconhece haver “um sentido mínimo a essa ideia [que] é o de impedir que o Judiciário substitua a vontade de quem tenha plenas condições de realizá-la”. Mais ainda, afirmou o ministro: “Nada justifica, teórica ou empiricamente, que esta Corte Suprema tenha melhores condições de definir o que os próprios representantes do povo, com a reivindicação da sociedade civil organizada em diversas etapas do processo legislativo, deliberaram. Nesse particular, importante esclarecer que o debate legislativo durou tempo suficiente para o amadurecimento dos impactos que a norma teria na realidade social, principalmente na realidade econômica” (Brasil, 2022c). Já na ADI 7.051, referindo-se ao escólio de Daniel Sarmento, o ministro sustenta que “a utilização atenta do conceito de capacidades institucionais dos juízes recomenda, em determinadas situações, não uma postura deferente, mas exatamente o oposto, o que acontece quando estão em jogo, por exemplo, questões que atingem populações estigmatizadas e alijadas do processo político, que não encontram em espaços majoritários o ambiente institucional ideal para vocalizar os seus anseios” (Brasil, 2023a).

(2020) e na ADPF 635 MC (2020). Seu voto na ADPF 635 contém capítulo intitulado *Ações estruturais, estado de coisas inconstitucional e instrumentos dialógicos de intervenção sobre as políticas públicas*, no qual o ministro discorre sobre as características das ações estruturais: “aqueelas destinadas a corrigir falhas estruturais de políticas públicas que violam direitos e garantias fundamentais de um número significativo de pessoas” (Brasil, 2020e), cujas soluções, em geral de maior complexidade, devem ser implementadas gradualmente e exigem o engajamento de diversos atores que executarão, conforme suas competências, um conjunto coordenado de ações.³³

No HC 143.988, o ministro sustenta a intervenção judicial em políticas públicas com amparo na teoria dos diálogos. Após enfrentar críticas dirigidas à atuação judicial em demandas de natureza estrutural,³⁴ ele argumenta, amparado em doutrina canadense, origem dos Diálogos Constitucionais, em favor da “adoção de ordens flexíveis, com a retenção da jurisdição, durante a fase de implementação das medidas estabelecidas em ações estruturais” (Brasil, 2020f). Essa postura seria não apenas compatível com a separação de poderes e com a própria concepção dos diálogos como mais deferente aos demais poderes, uma vez que o Judiciário se absteria de impor “medida judicial específica, fechada, excessivamente detalhada e unilateralmente estabelecida pelo Poder Judiciário” (Brasil, 2020f), essa, sim, potencialmente causadora de conflitos entre os poderes. Segundo essa perspectiva, “decisões flexíveis, progressivas e graduais nas demandas estruturais podem reafirmar a noção de que Judiciário, Executivo e Legislativo devem trabalhar de forma interdependente no reforço à democracia e na efetivação dos direitos fundamentais” (Brasil, 2020f).

Nesses casos, as referências aos Diálogos Constitucionais se dão em contextos nos quais o ministro Gilmar Mendes argumenta a favor de uma postura ativista da Corte. A possibilidade de participação dos demais poderes na implementação de decisões em demandas de natureza estrutural serve de

33 Essa ideia guarda semelhança com o estado de coisas inconstitucional, reconhecido pela jurisprudência do STF no julgamento da ADPF 347. Em seu voto na ADPF 635 MC, o ministro Gilmar Mendes lista alguns dos requisitos necessários à configuração do estado de coisas inconstitucional: “(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades e a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações” (Brasil, 2020e).

34 O trecho seguinte sintetiza as críticas: “A atuação judicial nessas demandas também suscita as mais variadas críticas. Em termos gerais, a principal crítica às ações e decisões de natureza estrutural converge para o fato de elas serem exemplos típicos do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juízes (Dantas, Eduardo Sousa. Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71). Analisando-as em termos específicos, três pontos se destacam: a crítica de caráter democrático, a crítica institucional e a crítica liberal. A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais Poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e expertise do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições dos demais Poderes (Dantas, Eduardo Sousa. Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 73)” (Brasil, 2020f).

fundamento para uma postura de menor autorrestrição por parte do STF, que passa a manter sob sua tutela a tarefa de coordenar aquele conjunto de ações a serem praticadas por diversos atores em um período.

A relação entre Diálogos Constitucionais e demandas estruturais ganhou novos impulsos em 2023, como demonstram o RE 684.612 e as ADPF 976 e 347. No RE 684.612, no qual foram firmadas teses em repercussão geral,³⁵ o ministro Barroso apresentou um passo a passo de como deve o Poder Judiciário agir no caso das ações estruturais: ele deve *identificar o problema* para que, então, a Administração Pública possa *apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma*. *A avaliação e fiscalização das providências* remanescem com o Judiciário (aquel que caracteriza a “retenção da jurisdição”, nas palavras do ministro Gilmar Mendes, anteriormente citadas), ou com quem receber dele eventual delegação. Nesse percurso, “[d]eve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis”, que, por meio da participação de terceiros (manifestações de órgãos técnicos e *amici curiae*), auxiliam no enfrentamento da crítica direcionada à “ausência de expertise e capacidade institucional” e reforçam a legitimidade democrática da decisão judicial (Brasil, 2023b). Além disso, argumenta o ministro que a “construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir” (Brasil, 2023b).

É interessante observar que, nesses casos, o Judiciário assume um papel de supervisor do desempenho institucional do Poder Executivo (não apenas federal), inclusive determinando uma série de medidas aos poderes, além de reter jurisdição sobre medidas indefinidas voltadas ao cumprimento dessas demandas. Apesar dos argumentos que afirmam uma postura aberta do Poder Judiciário a outros atores relevantes e à racionalização e uniformização do exercício da jurisdição em casos complexos, as características específicas dessa espécie de litígio tendem a fazer com que a perpetuação de uma espécie de supervisão judicial da implementação de políticas públicas se consolide como uma realidade institucional.³⁶

Assim, se por um lado o apelo aos Diálogos Constitucionais pode, de fato, favorecer o engajamento das instituições na interpretação da Constituição

³⁵ Foram fixadas as seguintes teses: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)” (Brasil, 2020f).

³⁶ Juliana Cesário Alvim se refere à consolidação de “mini feudos” sob a responsabilidade dos respectivos relatores, com forte caráter de pessodalidade na condução dos temas. Ouça-se, a esse respeito, as discussões contidas no podcast *Musk, Março temporal, incêndios e aborto: o que liga essas decisões?* (Recondo, 2024).

nas demandas estruturais, por outro lado, parece-nos haver um inegável recrudescimento de um movimento juriscêntrico no planejamento, na execução e na fiscalização de políticas públicas, em evidente ampliação de sua intervenção nesse espaço tipicamente político.

3.3.3. Diálogos Constitucionais e conciliação sobre a interpretação da Constituição

Finalmente, parece possível identificar um outro grupo de demandas nas quais o STF demonstra uma efetiva propensão a abdicar da tradicional visão de supremacia judicial na interpretação constitucional e a admitir a interpretação constitucional consensual de outros Poderes e partes como legítima. Alguns casos recentemente julgados evidenciam essa postura.

Em abril de 2024, na ADC 87/DF,³⁷, o ministro Gilmar Mendes deu início a um procedimento conciliatório sobre o tema do marco temporal da ocupação das terras indígenas a ser considerado como critério para sua demarcação, concedendo prazo para que os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo, além da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, pudessem apresentar propostas para solução da controvérsia. Em sua decisão, o ministro fez referência à insuficiência dos métodos tradicionais para solucionar de forma consistente a controvérsia de anos e destacou o enfoque desejável no caso: “o da pacificação dos conflitos, na tentativa de superar as dificuldades de comunicação e entendimentos em prol da construção da solução por meio de um debate construído sob premissas colaborativas e propositivas” (Brasil, 2024a). Em suas manifestações no caso, o eminentíssimo ministro parece vislumbrar a possibilidade de que os Diálogos Constitucionais substituam a supremacia judicial como instrumento destinado à melhor tutela da Constituição e da afirmação da sua supremacia. Sua nova decisão nos autos, em junho de 2024, parece reforçar essa perspectiva:

É chegado o momento, portanto, de deflagrar *processo de diálogo interfederativo e colaborativo com a sociedade, que propicie a construção de solução consensual* para a questão das relações jurídica, social e espacial entre cidadãos brasileiros indígenas e não indígenas, de modo a buscar a coesão e a estabilidade das relações jurídicas ao longo dos anos, voltado a *assegurar consensos mínimos sobre vários direitos fundamentais em jogo, no afã de promover a pacificação social e a coesão entre todas as etnias do povo brasileiro* (Brasil, 2024a).

³⁷ Em decisão conjunta com as ADIs 7.582, 7.583 e 7.586 e na ADO 86.

No mesmo mês de abril de 2024, na ADI 7.633/DF, o ministro Cristiano Zanin concedeu prazo para que o Congresso Nacional e o Executivo buscassem solução consensual envolvendo controvérsia relativa à desoneração da folha de pagamento. Em sua decisão, o ministro também faz referência expressa aos Diálogos Constitucionais e, de forma especial, à possibilidade de que haja um entendimento consensual sobre a interpretação constitucional pelos demais Poderes. É interessante observar a sinalização de possível deferência do STF à solução constitucional que venha a ser alcançada pelos Poderes Executivo e Legislativo, referindo-se até mesmo à possibilidade de que esses Poderes venham a alcançar uma “solução definitiva da questão constitucional discutida” (Brasil, 2024b, grifo nosso). Os trechos seguintes são ilustrativos desse cenário (Brasil, 2024c, grifo nosso):

Em seguida, a União noticiou estar em tratativas com o Congresso Nacional para solução definitiva da questão constitucional discutida na presente ação... (...)

Embora nesta ação de controle concentrado caiba ao Supremo Tribunal Federal, na sua função institucional prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal, o exame da compatibilidade da Lei n. 14.784/2023 com o texto constitucional, na forma apresentada na petição inicial, não se pode olvidar *que atualmente a jurisdição constitucional admite maior participação das partes na busca de uma solução negociada.*

Com efeito, a conciliação na jurisdição constitucional tem sido prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal... (...)

Além disso, *a busca pela solução dialogada favorece a realização do princípio democrático, permitindo-se que diversos atores participem do processo decisório, com valiosas contribuições à jurisdição constitucional. (...)*

Assim, com o objetivo de assegurar a possibilidade de obtenção de solução por meio de diálogo interinstitucional voltado a superar os afirmados vícios presentes na Lei n. 14.784/2023, atribuo efeito prospectivo à decisão que proferi em 25 de abril de 2024 (...).

Finalmente, são igualmente importantes os julgamentos relativos às emendas impositivas, “orçamento secreto”³⁸ e “emendas pix”. Diversas ações propostas perante o STF para tratar do tema foram distribuídas à ministra Rosa Weber (e redistribuídas aos cuidados do ministro Flávio Dino após sua aposentadoria). Na ADI 7.688, que tem por objeto as chamadas “emendas pix”, o ministro Flávio Dino, relator, concedeu medida cautelar

³⁸ No caso da ADPF 854, o STF declarou a inconstitucionalidade da prática que veio a ser conhecida como “orçamento secreto”, por meio da qual emendas do Relator-Geral do orçamento incluíam novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União de difícil rastreio e controle. Posteriormente, foi informado à Corte o descumprimento da decisão, tendo o ministro relator designado, em junho de 2024, audiência de conciliação voltada ao seu integral cumprimento. A ADPF 854 foi julgada em conjunto com as ADPFs 850, 851 e 1.014.

em agosto de 2024, de forma a exigir a adoção de critérios relacionados à rastreabilidade e transparência dessas emendas. Na decisão por meio da qual o plenário referendou a cautelar, consignou-se a realização de reunião institucional com diversas autoridades “em busca de solução constitucional e de consenso, que reverencie o princípio da harmonia entre os Poderes”, tendo ficado registrada “a compreensão da alta relevância de diálogos institucionais” em curso, sob a condução do Chefe do Poder Judiciário Nacional, que poderiam levar à reavaliação da tutela cautelar (Brasil, 2024e). No mesmo mês de agosto de 2024, na ADI 7.697, que tinha por objeto a (in)constitucionalidade das emendas parlamentares impositivas, foi proferida decisão por meio da qual o relator, ministro Flávio Dino, atribuiu interpretação conforme a diversos dispositivos da Constituição da República, modificados pelas Emendas Constitucionais n. 86, 100, 105 e 126, para impedir “qualquer interpretação que confira caráter absoluto à impositividade de emendas parlamentares”, além de impor diversos requisitos a serem observados para a execução de emendas nas modalidades existentes ou que viessem a ser criadas, e sustou a execução de emendas impositivas “até que os poderes Legislativo e Executivo, em diálogo institucional, regulem os novos procedimentos” (Brasil, 2024d) em conformidade com a decisão proferida.

A questão, de alta relevância jurídica e política, foi objeto de discussões públicas entre os Poderes, tendo o Presidente do STF destacado que se havia chegado a um consenso em relação às emendas,³⁹ que seria efetivamente implementado nos meses subsequentes. Embora esse consenso ainda não tenha levado à solução dos casos, eles se prestam a demonstrar que o STF parece disposto a exercer um papel de mediador e de fomentador do diálogo entre os Poderes, ainda que os limites dessa atuação estejam em desenvolvimento.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 atribuiu ao STF a competência para promover, *precipuamente, a guarda da Constituição*. Sua jurisprudência enxergou, nessa expressão, a concessão à Corte do monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, um sentido forte de supremacia judicial que vê, na opinião da Corte, a compreensão definitiva sobre o que significa a Constituição.

Como procuramos demonstrar neste artigo, essa visão está sendo gradativamente abandonada pela Corte, que vem incorporando em sua jurisprudência a perspectiva dos Diálogos Constitucionais: o STF não

³⁹ Ver Roberto Netto, 2024.

possui o monopólio da interpretação da Constituição, muitas vezes não detém a melhor capacidade institucional para decidir sobre a sua aplicação, e não detém a última palavra, uma vez que suas decisões podem ser desafiadas por novas leis ou emendas à Constituição, de forma que o debate prosseguirá.

Essa nova jurisprudência parece indicar maior propensão do STF a exercer um papel de fomentador do diálogo entre os Poderes, reconhecendo no diálogo o potencial de melhor assegurar a efetividade da Constituição, e a disposição para delegar aos demais Poderes a busca por uma solução consensual definitiva sobre temas constitucionais controversos. Por outro lado, há indicativos de que o STF esteja ampliando um papel de supervisor de políticas públicas, sobretudo em demandas estruturais, nas quais as referências aos Diálogos Constitucionais parecem ser empregadas de forma a justificar uma postura ativista por parte da Corte.

A ideia de que possa haver alguma forma de conciliação substantiva em torno de direitos fundamentais é polêmica⁴⁰ e gera desconfiança, sobretudo por parte daqueles que podem ter seus direitos potencialmente atingidos.⁴¹ A preocupação é compreensível, afinal, já se apontou que “*la metáfora del diálogo*” acaba sendo “*invocada para justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas*” (Roach apud Gargarella, 2013, p. 5).

O Supremo não nos parece, no entanto, alheio aos riscos de que haja vulnerabilização de minorias nesse processo, e sua jurisprudência não parece apontar para uma Corte propensa a abdicar de seu papel contramajoritário, ou despreocupada com os desequilíbrios da representação política.⁴² Embora cause apreensão, nossa percepção é a de que o movimento do STF é saudável e consistente, produto de uma jurisprudência preocupada com o déficit democrático das decisões da Corte. A mitigação da supremacia judicial abre espaço para a ampliação dos canais de participação nos processos constitucionais em um país carente desses mecanismos.

⁴⁰ A título de exemplo, vide: Recondo, 2024.

⁴¹ Nesse sentido, a Articulação dos Povos Indígenas (APIB) se retirou da mesa de conciliação sobre o marco temporal para a demarcação de terras indígenas instituída a partir da decisão conjunta na ADC 87, ADIs 7.582, 7.583 e 7.586, e ADO 86.

⁴² A conciliação relativa à demarcação da Terra Indígena Nhanderu Marangatu parece ser um primeiro exemplo que aponta para um caminho promissor na superação de conflitos históricos, que auxilia na implementação, e não na mitigação, dos direitos fundamentais dos povos originários (Mandado de Segurança nº 25.463. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 28/09/2024).

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal Individual no processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, [s. l.], v. 4, p. 14-36, 2018. DOI: 10.12957/publicum.2018.35777. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/35777>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In.: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Marbury contra Madison. In: NEVES, José Roberto de Castro (coord.). *Os Grandes Julgamentos da História*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 379.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=852884>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the Bar of Politics. New York: Vail-Ballou Press, Inc, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal*. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 15/06/2011. Brasília, DF: STF, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425 Distrito Federal*. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 14/03/2013. Brasília, DF: STF, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 Distrito Federal*. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 17/09/2015. Brasília, DF: STF, 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal.* Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 01/10/2015. Brasília, DF: STF, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.483 Rio de Janeiro.* Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 22/11/2016. Brasília, DF: STF, 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 705.423 Sergipe.* Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 23/11/2016 Brasília, DF: STF, 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25 Distrito Federal.* Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 30/11/2016. Brasília, DF: STJ, 2016c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 566.622 Rio Grande do Sul.* Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 23/02/2017. Brasília, DF: STF, 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.679 Distrito Federal.* Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão Monocrática. Data da decisão: 07/06/2017. Brasília, DF: STF, 2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 27.931 Distrito Federal.* Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 29/06/2017. Brasília, DF: STF, 2017c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal.* Relatora: Min. Rosa Weber. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 24/08/2017. Brasília, DF: STF, 2017d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 Distrito Federal.* Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 28/02/2018. Brasília, DF, STF: 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 6.825 Distrito Federal.* Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 11/04/2019. Brasília, DF: STF, 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal.* Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador:

Tribunal Pleno. Data da decisão: 13/06/2019. Brasília, DF: STF, 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.409 Bahia*. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 13/12/2019. Brasília, DF: STF, 2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.476 Rio Grande do Norte*. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 13/12/2019. Brasília, DF: STF, 2019d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.538 Rio Grande do Sul*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 22/05/2020. Brasília, DF: STF, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.754 São Paulo*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 16/06/2020. Brasília, DF: STF, 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.072 Rio de Janeiro*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 22/06/2020. Brasília, DF: STF, 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 05/08/2020. Brasília, DF: STF, 2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro*. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 18/08/2020. Brasília, DF: STF, 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 143.988 Espírito Santo*. Relator: Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Data da decisão: 24/08/2020. Brasília, DF: STF, 2020f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.975 Distrito Federal*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 07/12/2020. Brasília, DF: STF, 2020g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.058 Distrito Federal*. Relator: Min. André Mendonça. Redator do acórdão: Min.

Nunes Marques. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 03/03/2022. Brasília, DF: STF, 2022a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.795 Distrito Federal*. Relatora: Min. Rosa Weber. Data da decisão: 22/08/2022. Brasília, DF: STF, 2022b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.222 Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. Data da decisão: 04/09/2022. Brasília, DF: STF, 2022c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 854 Distrito Federal*. Relatora: Min. Rosa Weber. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 19/12/2022. Brasília, DF: STF, 2022d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.051 Distrito Federal*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 26/06/2023. Brasília, DF: STF, 2023a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 684.612 Rio de Janeiro*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 03/07/2023. Brasília, DF: STF, 2023b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976 Distrito Federal*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 22/08/2023. Brasília, DF: STF, 2023c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.679 Distrito Federal*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 02/10/2023. Brasília, DF: STF, 2023d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 04/10/2023. Brasília, DF: STF, 2023e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 87 Distrito Federal*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão Monocrática. Data da decisão: 22/04/2024. Brasília, DF: STF, 2024a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.633 Distrito Federal*. Relator: Min. Cristiano Zanin. Decisão Monocrática. Data da decisão: 25/04/2024. Brasília, DF: STF, 2024b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Segunda Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.633 Distrito Federal*. Relator: Min. Cristiano Zanin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 05/06/2024. Brasília, DF: STF, 2024c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.697 Distrito Federal*. Relator: Min. Flávio Dino. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 14/08/2024. Brasília, DF: STF, 2024d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.688 Distrito Federal*. Relator: Min. Flávio Dino. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da decisão: 19/08/2024. Brasília, DF: STF, 2024e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*: base de dados – acórdãos: expressão pesquisada “monopólio da última palavra”. STF, [2024f]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=3&pageSize=10&queryString=%22monop%C3%B3lio%20da%20%C3%BAltima%20palavra%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*: base de dados – decisões: expressão pesquisada “intérprete final da Lei Fundamental”. STF, [2024g]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22int%C3%A9rprete%20final%20da%20Lei%20Fundamental%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*: base de dados – acórdãos: expressão pesquisada “intérprete maior da Constituição”. STF, [2024h]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=250&queryString=%E2%80%9Cint%C3%A9rprete%20maior%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20%E2%80%9D&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*: base de dados – acórdãos: expressões pesquisadas “diálogos constitucionais” OU “diálogo constitucional” OU “diálogos institucionais” OU “diálogo institucional” OU “diálogos interinstitucionais” OU “diálogo interinstitucional”. STF, [2024i]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22di%C3%A1logos%20constitucionais%22&sort=_score&sortBy=desc.

25&queryString=%22di%C3%A1logos%20constitucionais%22%20ou%20%-22di%C3%A1logo%20constitucional%22%20ou%20%22di%C3%A1logos%20institucionais%22%20ou%20%22di%C3%A1logo%20institucional%22%20ou%20%22di%C3%A1logos%20interinstitucionais%22%20ou%20%22di%C3%A1logo%20interinstitucional%22%20&sort=date&sortBy=asc. Acesso em: 25 nov. 2024.

ESTADOS UNIDOS. *Marbury v. Madison*. Suprema Corte dos Estados Unidos. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803). Data da decisão: 24 fev. 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In.: CALDEIRA, Gregory A.; KELEMEN, R. Daniel; WHITTINGTON, Keith E. (eds). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford, England: Oxford University Press, 2 Sept. 2009). DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199208425.003.0006>. Acesso em: 24 set. 2024.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRIMM, Dieter; *Jurisdição Constitucional e Democracia: ensaios escolhidos*. GRIMM, Dieter; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Traduzido por Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia e Erica Luisa Ziegler. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The Chater Dialogue Between Courts and Legislature: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All. *The Osgood Hall Law Review*, v. 35, n. 1, 1997. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1612>.

ISRAEL. Suprema Corte de Israel. *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*. CA 6821/93. Data da decisão: 09 nov. 1995. Israel: Versa 1995. Disponível em: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>. Acesso em: 25 nov. 2024.

RECONDO, Felipe. *Musk, Marco temporal, incêndios e aborto: o que liga essas decisões?* Podcast Sem Precedentes. [S.l.]: Redação JOTA, [2024]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/sem-precedentes/musk-marco-temporal-incendios-e-aborto-o-que-liga-essas-decisoes>. Acesso em: 13 dez. 2024.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

RECONDO, Felipe. *É possível uma conciliação entre indígenas e ruralistas?* Podcast Sem Precedentes. [S.l.]: Redação JOTA, [2024]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/sem-precedentes/e-possivel-uma-conciliacao-entre-indigenas-e-ruralistas>. Acesso em: 27 nov. 2024.

ROBERTO NETTO, Paulo. *Presidente do STF destaca consenso entre Poderes sobre transparéncia de emendas*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/presidente-do-stf-destaca-consenso-entre-poderes-sobre-transparencia-de-emendas/>. Acesso em: 27 nov. 2024.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* (CR-CL), v. 47, n. 2, 2012, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2132397>. Acesso em: 25 nov. 2024.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs). *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University Press, 1995. p. 1-10.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 nov. 2024.

Recebido: 19/10/2024

Aprovado: 30/12/2024

A IMPORTÂNCIA DO ESTADO NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

THE IMPORTANCE OF THE STATE IN PROMOTING ECONOMIC DEVELOPMENT

Juliana Alves de Carvalho¹
Jeferson Sousa Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A importância do Estado para o desenvolvimento econômico. 2. A atuação da administração pública brasileira no mercado interno. 3. Participação pública no processo de desenvolvimento econômico. 4. Privatizações e a atuação estratégica do

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Internacional Signorelli (FISIG), em Direito do Estado pelo Instituto Universitário Cândido Mendes (IUCAM) e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Bacharela em Direito pela UPM. Professora de Direito na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Procuradora Municipal.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor na Graduação em Direito na Faculdade Nove de Julho (FNJ) e na Pós-Graduação Lato Sensu na Fundação de Apoio à Universidade Municipal de São Caetano (FAUSCS).

Estado no desenvolvimento econômico. Conclusão.
Referências.

RESUMO: O presente artigo explora o papel estratégico do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, considerando as transformações históricas e o princípio da subsidiariedade. Objetiva-se demonstrar como a atuação estatal, em harmonia com o setor privado, é essencial para superar falhas de mercado e alcançar objetivos constitucionais. Adotou-se o método dedutivo, com análise bibliográfica e normativa. Conclui-se que o Estado permanece indispensável, sobretudo em áreas estratégicas como inovação e infraestrutura, garantindo o equilíbrio entre interesses públicos e privados.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Desenvolvimento. Mercado. Subsidiariedade. Privatização.

ABSTRACT: This article explores the strategic role of the State in promoting economic development, considering historical transformations and the principle of subsidiarity. It aims to demonstrate how state action, in harmony with the private sector, is essential to overcome market failures and achieve constitutional objectives. The deductive method was adopted, with bibliographic and normative analysis. It concludes that the State remains indispensable, especially in strategic areas such as innovation and infrastructure, ensuring a balance between public and private interests.

KEYWORDS: State. Development. Market. Subsidiarity. Privatization.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a promoção do Estado no desenvolvimento econômico, apesar de arraigada, urge em um cenário atual e relevante, principalmente no que tange às privatizações das estatais como instrumentos de políticas públicas e ao papel substitutivo da atuação pública.

Há anos tem-se discutido a participação estatal no mercado – com posicionamentos favoráveis e contrários à atuação direta do Estado. No entanto, em um cenário global marcado pela busca de eficiência, transparência e sustentabilidade, emergem-se questionamentos sobre o limite e a eficácia da intervenção estatal na economia.

Significativa parcela da doutrina defende uma atuação bastante restritiva sob o argumento de que o desenvolvimento é fruto da exploração privada da atividade econômica. As mudanças que ocorreram no país ao longo dos últimos anos reforçaram a ideia de limitação da participação pública no mercado interno, especialmente em função da atividade regulatória, o que tem embasado muitos teóricos a defenderem o chamado princípio da subsidiariedade, visando atribuir à iniciativa privada a primazia na promoção do desenvolvimento nacional.

Contudo, a ideia de que o Estado deve limitar-se a um papel de regulador passivo ignora a complexidade do desenvolvimento e desconsidera a relevância do Estado como agente indispensável em processos estratégicos e na correção de falhas de mercado. O Estado é corresponsável pela promoção do desenvolvimento, devendo zelar, também, pelo bem-estar social. Logo, não caberia agir como um mero espectador do desenvolvimento privado, limitando-se a regular o mercado, já que o real desenvolvimento depende de uma atuação conjunta entre a Administração Pública e os agentes econômicos privados.

Assim, defende-se a participação pública nas relações de mercado, quando necessário e em harmonia com a iniciativa privada, vez que ao Estado cabe, dentre outras coisas, assegurar o interesse público.

Dessa forma, este artigo tem como objetivo analisar a importância da atuação pública no mercado interno, destacando como a cooperação entre o Estado e a iniciativa privada pode contribuir para um desenvolvimento sustentável e equilibrado. A hipótese central sustenta que o Estado, atuando de maneira harmônica com o setor privado, é capaz de promover o desenvolvimento econômico e social de forma mais eficaz, especialmente em áreas estratégicas onde o mercado, por si só, é insuficiente.

A pesquisa utiliza o método dedutivo, com base em análise bibliográfica e normativa, para examinar os fundamentos teóricos e jurídicos que legitimam a participação estatal nas relações de mercado. Os resultados esperados incluem a demonstração de que a atuação estatal, longe de ser um empecilho,

é essencial para viabilizar políticas públicas que atendam tanto ao interesse público quanto às demandas do setor privado, promovendo uma convivência equilibrada e produtiva entre os dois.

1. A IMPORTÂNCIA DO ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Durante séculos, o Estado tem acompanhado de perto o exercício da atividade econômica, unindo seus interesses àqueles privados, objetivando reduzir os custos e o risco de ambiciosos projetos de interesse comum. Notadamente, os interesses que envolviam tais projetos mudaram ao longo das décadas, conforme a sociedade evoluía e os valores comuns se alteravam. Com isso, nos últimos anos, tem-se discutido o desenvolvimento,³ seja por uma vertente social ou econômica, de modo que não apenas os agentes privados se beneficiem das relações de mercado.

Para isso, inúmeros debates recaem sobre o papel do Estado em relação às atividades exercidas pela iniciativa privada no mercado interno. No entanto, mesmo que posicionamentos ideológicos conflitantes embasem tal discussão, é notória a importância da figura estatal na ordenação das relações econômicas, conforme se pode verificar ainda nos primórdios do capitalismo, pois a economia de mercado, mesmo pregando a necessidade de preservar os interesses privados e defendendo o afastamento do Estado em relação ao mercado, não o fez de forma absoluta, atribuindo a esse o papel de zelar pelo equilíbrio das relações econômicas, de modo que qualquer interessado pudesse delas participar (Smith, 2015). Nessa linha de pensamento, como bem explica Eros Grau (2015, p. 21), “[...] ainda ao tempo do liberalismo o Estado era, seguidas vezes, sempre no interesse do capital, chamado a ‘intervir’ na economia”.

Afastar o ente público das relações de mercado resulta em maior sujeição à ocorrência de abusos do poder econômico, viabilizando que agentes detentores de posição dominante no mercado subjuguem seus pares, desequilibrando a lógica concorrencial que norteia o sistema capitalista. Ou seja, o desequilíbrio gerado pelo abuso do poder econômico comprometeria, então, a livre iniciativa, violando, reflexamente, direitos sociais e impedindo que o mercado se torne um instrumento de desenvolvimento econômico.

Assim, a presença do ente público no mercado faz-se de suma importância para o desenvolvimento social e econômico no Estado moderno, pois, como versa Eros Grau (2015, p. 51), “[...] o capitalismo falha escandalosamente em sua capacidade de gerar empregos, de oferecer

³ Embora existam diferentes concepções e teorias quanto ao desenvolvimento, merece destaque o posicionamento de Celso Furtado (2009), que entende que o subdesenvolvimento não é uma fase que antecede o desenvolvimento, mas decorre de fatores históricos.

segurança aos que consegue empregar e de alentar os empregados com as perspectivas de melhores salários”.

Cumpre esclarecer que não se busca demonizar o sistema capitalista, mas apenas mostrar que o Estado surge com a função de suprir suas falhas, evitando o comprometimento dos meios vitais à consecução do desenvolvimento. No entanto, o desenvolvimento não compreende apenas a capacidade de acumulação de recursos, mas também a possibilidade de utilização desses em prol de uma melhor qualidade de vida. Em outras palavras, tem-se que o desenvolvimento abrange atingir e aprimorar as diversas liberdades subjetivas (Oliveira, 2020).

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar além dele (Sen, 2010, p. 28).

Dessa forma, é possível defender que nem mesmo os países ditos “desenvolvidos” alcançaram o efetivo e pleno desenvolvimento, sendo relativamente comum haver pessoas carentes de elementos essenciais à vida digna, como: saúde, educação e emprego. Assim, “mesmo em países muito ricos, às vezes a longevidade de grupos substanciais não é mais elevada do que em muitas economias mais pobres do chamado Terceiro Mundo” (Sen, 2010, p. 29).

Não é demais, em uma economia capitalista, atribuir ao Estado parcela da responsabilidade pelo bem-estar social, haja vista o mercado ser um instrumento de promoção do desenvolvimento, cuja ordenação compete ao ente estatal, o qual também é responsável por promover o interesse público (Oliveira, 2020). Na esteira desse raciocínio, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, elenca a dignidade humana como um dos fundamentos da República,⁴ ao lado de princípios como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV, respectivamente).

Sendo assim, o Estado brasileiro coloca-se diante da proteção de valores sociais e mercadológicos, sopesando-os a fim de que ambos coexistam em harmonia, o que pode ser ratificado mediante a redação constitucional do artigo 170, que traz a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica nacional, objetivando, com isso, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (Oliveira, 2020).

⁴ “Embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos” (Grau, 2015, p. 193).

Nota-se, ainda, no referido artigo, a disposição de diversos princípios de cunho social e econômico voltados à regência das relações econômicas no país. Logo, nesse ponto, pode-se perceber algumas das limitações constitucionalmente atribuídas às relações de mercado, competindo ao Estado conciliar interesses de grupos diversos, que, frequentemente, são debatidos em âmbito social sob uma perspectiva fortemente ideológica.

Tal situação torna-se ainda mais legítima ao se considerar que o mercado interno compreende o patrimônio nacional, conforme prevê o artigo 219 do texto constitucional. Todavia, destaca-se que isso não o torna de domínio público, tampouco bem de uso comum do povo. Segundo Eros Grau (2015, p. 254), “sua integração no patrimônio nacional se dá na medida que a Constituição o toma como expressão da *soberania econômica nacional*”.

Dessa maneira, chama-se a atenção para dois pontos. O primeiro é que, no Brasil, o desenvolvimento social e o econômico estão interligados, não sendo possível falar em desenvolvimento nacional sem que haja a devida observância desses elementos, especialmente ao se considerar os objetivos da República, previstos no artigo 3º da Constituição Federal. O segundo ponto é que a redação constitucional legitima a atuação estatal na economia, seja de modo direto ou indireto, conforme se extrai, por exemplo, dos artigos 173 e 174.

Ainda que se defende a participação do Estado nas relações econômicas, comprehende-se que promover o desenvolvimento não é uma competência exclusiva desse, mas que, como bem observa Stiglitz (2017), esse é um processo que demanda esforços conjuntos por parte dos governos, do mercado e das demais entidades sociais.

Logo, entende-se que o Estado não deve adotar um posicionamento passivo em relação ao processo de desenvolvimento, atribuindo essa responsabilidade unicamente à vontade dos agentes privados, pois, em certos momentos, sua atuação se mostra determinante para a construção de novos mercados, traduzindo-se em um primeiro passo para o desenvolvimento.

Se os bancos privados não abrem agências nas áreas rurais para captar poupança, o governo precisa intervir. Se os bancos privados não oferecem crédito de longo prazo, o governo precisa intervir. Se as empresas privadas não oferecem os inputs básicos para a produção - como aço e plástico -, o governo deve intervir, se puder fazê-lo com eficiência (Stiglitz, 2017, p. 101-102).

Destarte, compreendendo-se a importância da participação estatal no processo de desenvolvimento, cabe, então, analisar a maneira como o Brasil tem atuado nas últimas décadas, haja vista as mudanças ocorridas terem

transformado o Estado em uma figura indesejada no âmbito econômico, sendo recorrentemente associado à ideia de morosidade e ineficiência.

2. ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NO MERCADO INTERNO

Como vislumbrado, o Estado exerce um importante papel no processo de desenvolvimento socioeconômico, razão essa que enseja diversos estudos e questionamentos quanto à maneira com a qual sua atuação econômica ocorre.

Atualmente, uma das mais importantes formas de atuação econômica do Estado se dá por meio da atividade regulatória, a qual, comumente, não é tida como uma função administrativa pelas obras de Direito Administrativo, pois muitas delas têm como uma modalidade da função ordenadora, própria do exercício do poder de polícia (Marques Neto, 2019).

Contudo, em consonância com o entendimento de Marques Neto (2019), a atividade regulatória não se confunde com o exercício do poder de polícia, ainda que muitos dos instrumentos por eles utilizados se assemelhem, sendo, então, possível compreender aquela como uma função administrativa específica. Para o autor, essa distinção ocorre devido à vontade pública em conciliar interesses, para, só então, valer-se de sua autoridade, sendo essa a *ultima ratio*.

Entretanto, não se pode olvidar que, ao tentar conciliar interesses, o Estado não deixa de perseguir os objetivos públicos, os quais devem estar embasados no ordenamento jurídico pátrio, pois a atividade regulatória é o meio pelo qual o Poder Público ordena o mercado e limita o comportamento dos agentes privados (Marques Neto, 2019).

No Brasil, a atividade regulatória ganhou força com a transição ideológica que recaiu sobre o papel da Administração Pública em relação ao mercado interno, pois, até meados de 1980, acreditava-se que o desenvolvimento estaria nas mãos do Poder Público, competindo a esse prestar, de maneira direta, os serviços tidos como essenciais, razão essa que fundamentou a criação das empresas públicas (Marques Neto, 2019).

Instituiu-se, assim, uma condição monopolista em diversos setores, com as empresas estatais acumulando dupla função no mercado, prestacional e regulatória, o que só viria a mudar com a intensificação dos debates fruto da tendência internacional de desestatização do mercado interno⁵ (Marques Neto, 2019).

Conforme versa Irene Nohara (2015), nesse período, surgiu o fenômeno da “agencificação” da Administração Pública, a qual passou a sofrer influência de elementos próprios da governança corporativa, haja vista os organismos

5 “Os antecedentes remotos do programa de privatização, curiosamente, podem ser encontrados ainda no período militar. Em certo sentido, pode-se dizer que o Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, ainda no governo João Batista Figueiredo, foi o precursor do movimento geral de desestatização no país” (Aguilar, 2016, p. 189-190).

financeiros internacionais buscarem delimitar condições aos países não desenvolvidos, visando à concessão de empréstimos e investimentos. Com as mudanças que se seguiram desde então, houve uma gradual redução da participação direta do Estado na economia, mas sem que a figura das empresas estatais deixasse de existir.

Anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal, foi possível perceber a aspiração neoliberal sobre o Estado brasileiro, haja vista o legislador constituinte ter preferido uma atuação pública indireta em relação ao mercado. Contudo, o país ainda demandava uma reforma administrativa, o que veio a ocorrer em meados da década de 1990, resultando na substituição do modelo burocrático pelo gerencial; na privatização de diversas empresas estatais; na liberalização de mercados outrora monopolizados; além de outras profundas mudanças (Marques Neto, 2019).

Assim, a reforma do Estado se mostrou uma das questões centrais do governo de Fernando Henrique Cardoso, o qual atribuiu a Luiz Carlos Bresser Pereira a direção do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), a fim de que fosse realizada a Reforma Administrativa (Nohara, 2012). O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado surgiu como uma tentativa de modernização das práticas administrativas no país, visando, dentre outras coisas, torná-lo mais competitivo em função da integração decorrente da globalização (Nohara, 2012).

Realmente, os efeitos da globalização, no momento da Reforma Administrativa da década de 90 foram de fato estes: a retração da atuação direta do Estado no domínio econômico, sobretudo a partir das políticas privatizantes levadas a cabo pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, e a ênfase no papel fiscalizador do Estado, numa perspectiva de apoio aos empreendimentos particulares e de restrição à atuação estatal em competição no mercado (Nohara, 2012, p. 64).

Desde então, com a liberalização dos mercados e a privatização de diversas empresas públicas, as Agências Reguladoras têm ganhado maior importância no cenário econômico nacional, haja vista seu papel ordenador e fiscalizatório. Neste contexto, uma das mais importantes tarefas desempenhadas pelas Agências é a manutenção da isonomia concorrencial em seus respectivos setores, especialmente ao se considerar fatores como a escassez de recursos e a disponibilidade da infraestrutura pública (Nohara, 2015).

Cabe recordar que, mesmo nas Agências Reguladoras, a participação pública se mostra algo importante, pois, como aduzido, a atividade regulatória visa, a princípio, conciliar interesses públicos e privados, razão essa que torna essencial a participação popular na tomada de decisões. Para isso,

instrumentos como a consulta pública visam atribuir maior legitimidade à atividade desempenhada.

Segundo Irene Nohara (2015, p. 39), a participação pública atua como uma contraofensiva à privatização do público, impedindo que a discricionariedade administrativa afaste as discussões sobre interesses públicos subjacentes. Percebe-se, com isso, a importância da atuação conjunta entre o público e o particular, fortalecendo o princípio democrático que rege o país. Ademais, o Estado não deve ser uma figura contraposta aos interesses da sociedade, sendo importante a realização de diálogos com os particulares. Em outras palavras, reforça-se a importância da chamada Administração Pública dialógica.

Ainda que muitos defendam uma atuação pública mais restritiva, recorda-se que, em momentos de crise, a participação pública na economia se mostra mais aceitável, com a iniciativa privada, muitas vezes, solicitando o apoio estatal na tentativa de salvaguardar a atividade empresarial. Ainda que não haja um requerimento formal dos agentes privados, cabe ao Poder Público atuar quando necessário, pois tal condição nada mais seria do que uma expressão do “capitalismo de Estado”, na tentativa de contenção da crise que recai sobre o mercado (Nohara, 2015).

Por exemplo, nos Estados Unidos, pode-se mencionar as medidas intervencionistas de Roosevelt, que tiraram o País da Grande Depressão, e, mais recentemente, na crise de 2008-2012, as medidas foram tamanhas que culminaram inclusive na decisão de o governo adquirir, em 2009, cerca de 60% do controle acionário da GM, tendo injetado patrimônio público para o resgate da empresa, cuja quebra afetaria a economia norte-americana. Depois de saneada, grande parte das ações adquiridas foram vendidas (Nohara, 2015, p. 39).⁶

No entanto, como se verá, o Estado possui uma importância muito maior no desenvolvimento socioeconômico, indo além da atividade regulatória, servindo também como criador de novos mercados, fomentando setores e assumindo riscos que a iniciativa privada, em regra, não assumiria.

3. PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Compreendendo melhor o papel da figura estatal para o desenvolvimento socioeconômico e como o Estado brasileiro mudou sua atuação em relação

⁶ Outros cenários onde a participação pública foi importante para salvaguardar a iniciativa privada ocorreram durante a pandemia de Covid-19, com diferentes governos atuando de maneira ativa na tentativa de evitar maiores impactos econômicos e sociais. Tal questão foi latente, por exemplo, no transporte aéreo (Oliveira, 2024).

ao mercado interno, passa-se, então, a discorrer sobre a importância dos investimentos públicos em tecnologia e inovação, além de questionar o chamado princípio da subsidiariedade, que, no Brasil, apresenta-se como um limitador da atuação pública, sendo algo contrário à lógica desenvolvimentista.

No que toca a esse primeiro ponto (realização de investimento público em tecnologia e inovação), mostra-se essencial conhecer algumas das ponderações trazidas por Mariana Mazzucato (2014). Segundo a autora, no processo de desenvolvimento, o Estado apresenta-se como um importante parceiro privado, assumindo riscos que esses não podem e/ou não querem assumir, atribuindo maior dinamismo e uma visão de longo prazo aos investimentos realizados.

Contudo, o Estado não é capaz de reduzir os riscos da inovação quando não assume uma postura de liderança, curvando-se aos interesses privados. Logo, ignorar os esforços públicos, traçando críticas negativas à sua eficiência, é algo que comumente ocorre em países onde a figura estatal é marginalizada, buscando-se restringir suas atividades a uma seara unicamente administrativa (Mazzucato, 2014).

Desconhece-se que muitas das falhas suportadas pelo Estado na realização de investimentos em tecnologia e inovação voltam-se à tentativa de prolongar a vida útil de uma indústria madura. Assim, atribuir culpa à entidade estatal impede que a sociedade desenvolva indicadores precisos para avaliar, de forma justa, os investimentos públicos, pois, ainda que esses sejam realizados para atender a projetos de longo prazo e com baixas expectativas de retorno financeiro, muitos os comparam aos investimentos privados, que visam atender a necessidades de curto e médio prazo⁷ (Mazzucato, 2014).

Dessa forma, considerando que o Estado suporta uma significativa parcela dos riscos dos investimentos realizados em tecnologia e inovação, é razoável esperar e apoiar uma atuação empreendedora, com competências que vão além da correção das falhas de mercado. Entretanto, cuidados devem ser tomados para que a utilização de capital público não enseje uma redução dos investimentos privados, pois isso poderia gerar uma relação parasitária, com o aumento dos gastos públicos, a difusão social do risco e a privatização dos resultados desse processo (Mazzucato, 2014).

Contrapondo-se a essa lógica desenvolvimentista, que conta com uma permanente atuação pública, há, no Brasil, uma certa tendência à defesa do chamado princípio da subsidiariedade, que visa limitar a atuação estatal,

⁷ “A descoberta da internet ou o surgimento da indústria da nanotecnologia não ocorreram por que o setor privado queria algo mas não conseguia encontrar os recursos para investir. Elas aconteceram devido à visão que o governo tinha de uma área que ainda não havia sido sondada pelo setor privado. Mesmo depois da introdução dessas novas tecnologias pelo governo, o setor privado continuou a mostrar muito receio de investir. O governo precisou inclusive apoiar a comercialização da internet. E passaram-se anos até que os investidores capitalistas começassem a financiar empresas de biotecnologia e nanotecnologia. Foi o Estado - nesse e em tantos outros casos - que demonstrou ter um ‘espírito animal’ mais agressivo” (Mazzucato, 2014, p. 49-50).

condicionando-a a um segundo plano e atribuindo o desenvolvimento a uma atuação prioritariamente privada.

Segundo Gilberto Bercovici (2015), esse princípio visa limitar o Estado intervencionista, colocando-o em uma condição subsidiária. Logo, o Estado perderia sua condição de entidade “superior” e passaria a atuar como um “igual” em função do reconhecimento da primazia do mercado.

No Brasil, o princípio da subsidiariedade esteve positivado na Constituição de 1937 e naquelas que se seguiram durante a ditadura militar. Quando da vigência das Cartas de 1967 e 1969, adotou-se a livre iniciativa como o principal instrumento da política econômica brasileira, atribuindo ao Estado uma atuação suplementar à iniciativa privada (Bercovici, 2015).

Embora alguns autores acreditem que tal princípio tenha sido reproduzido implicitamente no texto constitucional de 1988, o que fora reforçado pela Reforma Administrativa ocorrida em 1995, o fato é que tal princípio inexiste na atual redação constitucional, pois a ordem econômica constitucional não é puramente liberal, vez que incorporou elementos ideologicamente contrapostos ao puro liberalismo, havendo, sim, elementos liberais, além de sociais, intervencionistas, nacionalistas, entre outros. Logo, o texto constitucional legitima o Estado a atuar na seara econômica e social⁸ (Bercovici, 2015).

Segundo Emerson Gabardo (2009), o legislador constituinte optou por alterar a norma constitucional, visando acabar com a ideia de subsidiariedade que em nada se coaduna com a figura do Estado social. Assim, a doutrina brasileira, equivocadamente, opta por reconhecer um princípio que não possui qualquer fundamento na Constituição Federal de 1988 e que, inclusive, detém uma racionalidade bastante distinta daquela de 1967.⁹

Por outro lado, em relação à atuação direta do Estado na economia, prevista no texto constitucional, seja sob regime monopolista ou não, há que se falar em uma legitimação bastante distinta da subsidiariedade, sendo, na verdade, pautada pelo princípio da prevalência do interesse público sobre o privado (Gabardo, 2009).

Para Gilberto Bercovici (2015), a redação da Constituição Federal não condiciona a atuação pública ao desinteresse ou à ineficiência privada, mas, de maneira contrária, firma a não exclusividade da exploração privada do mercado interno. Assim, mesmo que o Estado deva justificar sua atuação direta pela necessidade de atender aos imperativos da segurança nacional

8 “A Constituição de 1988 não recepcionou, portanto, apesar da opinião de alguns autores, o chamado ‘princípio da subsidiariedade’. Fundados em uma discussão de matriz germânica, seus defensores chegam a equiparar o Estado Democrático de Direito ao ‘Estado Subsidiário’, o que não faz nenhum sentido” (Bercovici, 2022, p. 66).

9 No mesmo sentido, explica Oliveira (2024, p. 185). “[...] embora cada vez mais seja possível encontrar defensores da desregulação do mercado e do afastamento do Estado em relação à economia, tem-se tal posicionamento como equivocado, já que a iniciativa privada e o Poder Público exercem funções, muitas vezes, diametralmente diversas no cenário econômico, devendo atuar em colaboração e coordenação, ao invés de gerar exclusão”.

ou ao relevante interesse coletivo, conforme prevê o artigo 173, não há que se falar em atuação subsidiária, pois essa limitação constitucional não trata da possibilidade de intervenção, mas de sua modalidade.¹⁰

Sendo, então, a segurança nacional e o relevante interesse coletivo os elementos que legitimam a atuação direta do Estado no mercado interno, tem-se que o texto constitucional adotou um critério político. Destarte, caberá ao gestor público, dentro de sua discricionariedade, decidir quando o Estado irá, ou não, explorar a atividade econômica (Gabardo, 2009).

Nesse sentido, Bercovici (2015) explica que o texto constitucional não impõe limitações espaciais ou temporais para a atuação pública no mercado interno, sendo essa uma decisão de cunho político e variável conforme o momento histórico.

Parece claro que se os representantes eleitos para deliberarem sobre o preenchimento dos requisitos do artigo 173 assim o fizerem apenas entendendo que tal ou qual atividade econômica é conveniente ou oportuna ao atendimento do interesse público, legitimada está a decisão (desde que não contrarie algum outro comando constitucional, por óbvio) (Gabardo, 2009, p. 229).

Gabardo (2009) traz ainda que quando o desenvolvimento se apresenta como um direito fundamental ou um objetivo público, tal como no Brasil, torna-se descabido esperar que o Estado seja uma instância secundária e suplementar, devendo, quando identificado o interesse público, agir de forma primária e plena.

Portanto, tem-se, em consonância com os argumentos apresentados, que a atuação pública no mercado interno brasileiro não se legitima por meio do princípio da subsidiariedade, mas pelo interesse público, o que fundamenta, inclusive, maior participação do Estado na realização de investimentos em setores estratégicos ao desenvolvimento nacional, a fim de que atue de forma complementar e harmônica à atividade desempenhada pela iniciativa privada, sem que haja desequilíbrio entre os interesses públicos e privados, o que poderia, eventualmente, causar grandes danos ao mercado e à sociedade.

¹⁰ “A Constituição de 1988, assim como várias outras constituições contemporâneas, não exclui nenhuma forma de intervenção estatal, nem veda ao Estado atuar em nenhum domínio da atividade econômica. A amplitude maior ou menor desta atuação econômica do Estado é consequência das decisões políticas democraticamente legitimadas, não de alguma determinação constitucional expressa. Mas o Estado deve ter sua iniciativa econômica pública protegida de forma semelhante às das iniciativas privada e cooperativa. A iniciativa econômica pública, obviamente, tem suas especificidades, pois é determinada positivamente pela Constituição ou pela lei (assim como a liberdade de iniciativa privada também é limitada pela lei) e deve se dar de acordo com o interesse público, ou, mais especificamente, com os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173 da Constituição). O artigo 173 da Constituição segue a tradição brasileira inaugurada em 1934, e mantida em 1946, possibilitando de forma expressa a atuação do Estado no domínio econômico, inclusive com a hipótese de instituição do monopólio estatal sobre determinados setores ou atividades” (Bercovici, 2022, p. 65-66).

4. PRIVATIZAÇÕES E A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

No Brasil, conforme já relatado, as privatizações de empresas estatais iniciaram-se de forma mais acentuada na década de 1990, impulsionadas por uma visão neoliberal que buscava diminuir a intervenção estatal na economia e incentivar a participação do setor privado. Esse processo foi uma resposta à crise fiscal e ao movimento global de desregulamentação dos mercados, influenciado pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e pelo Programa Nacional de Desestatização (Nohara; Gonçalves; Almeida, 2021, p. 41).

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que antecedeu a Reforma Administrativa e ensejou a positivação da Emenda Constitucional n. 19/98, era um documento oficial que esclarecia os objetivos da reforma. Ele propunha, entre outras coisas, que houvesse a substituição da *rule-based accountability* pela *performance-based accountability*, isto é, do controle ou fiscalização baseado em regras e procedimentos para um controle de resultados ou desempenho, conforme se intensificou no Brasil o discurso em favor da eficiência e a proposta controvertida de substituição do modelo de gestão burocrático pelo chamado modelo gerencial (Nohara, 2012, p. 97).

Destaca Irene Nohara (2021, p. 55) que foi a partir da criação da Lei n. 13.303/2016 que houve a intensificação das regras de governança e de controle das estatais. Pode-se dizer que houve a criação da Lei das Estatais no contexto de intensificação da Operação Lava Jato, bem como da ação do então presidente Michel Temer, que assumiu a Presidência após o *impeachment* de Dilma Rousseff.

É importante rememorar que a Constituição Federal legitima a atuação das Estatais no campo de atividades que o Estado aquiesce ou determina que sejam realizadas somente por atores privados ou que o Estado pode escolher fazer diretamente em virtude de sua importância, como único prestador (em regime de monopólio) ou em concorrência com os particulares (nos termos, entre outros, dos art. 173, 177, I, II, III, IV, V, 192) (Nohara; Gonçalves; Almeida, 2021, p. 42). A onda de privatizações pós-década de 1990 trouxe consequências, principalmente na retirada de atores estatais de alguns mercados estratégicos e competitivos.

Dessa forma, apesar do intenso processo de privatização, aqueles setores em que o Estado continuou a desempenhar um papel estratégico, como energia, infraestrutura e tecnologia, por meio de empresas estatais ou da regulação dessas atividades (Octaviani e Nohara, 2021), foram imperativos para manter o papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico.

Observa-se que as empresas estatais, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Petrobras e a Caixa

Econômica Federal, ainda são responsáveis por importantes funções no desenvolvimento socioeconômico do país. O BNDES, por exemplo, é crucial no financiamento de projetos de infraestrutura e inovação, desempenhando um papel anticíclico ao apoiar setores estratégicos em momentos de retração econômica (Octaviani; Nohara, 2021).

A Caixa Econômica Federal, por sua vez, mantém sua função social como agente financeiro de programas habitacionais, como o Minha Casa Minha Vida, e na gestão de fundos sociais, como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que são essenciais para a política de desenvolvimento urbano e inclusão social.

A Petrobras, fundada em 1953, permanece uma peça-chave na política energética do Brasil, mesmo após as reformas de desestatização e a quebra do monopólio estatal do petróleo. A empresa tem sido central na exploração do pré-sal e na consolidação do Brasil como uma potência petrolífera global. Essa atuação estratégica reforça a importância de manter o controle estatal sobre áreas consideradas sensíveis, especialmente aquelas que envolvem recursos naturais e segurança energética.

A importância do papel estatal, em que pese as privatizações em alguns setores, também é algo que deve ser considerada. Mesmo após a privatização da Sabesp, o Estado de São Paulo não se desvinculou completamente de sua responsabilidade e poder regulatório sobre o setor de saneamento básico. Embora a empresa tenha sido transferida para controle privado, o governo estadual e as agências reguladoras continuam a ter um papel essencial na supervisão e regulação do setor, assegurando que as metas de universalização e a qualidade dos serviços prestados sejam cumpridas, além de garantir que os direitos dos consumidores sejam preservados.

A regulação e supervisão estatal garantem que os serviços essenciais continuem sendo prestados de forma eficiente, preservando o interesse público (Nohara, 2015). Nesse sentido, as privatizações têm ocorrido em um modelo híbrido, no qual o Estado mantém o controle regulatório e, muitas vezes, uma participação acionária significativa, como forma de garantir que os objetivos de desenvolvimento sejam cumpridos.

Portanto, as privatizações, embora tenham diminuído a presença direta do Estado na economia, não eliminaram seu papel estratégico no desenvolvimento econômico, isso porque o Estado brasileiro continua a intervir por meio da regulação e da atuação em setores essenciais, utilizando-se tanto de estatais quanto de instrumentos regulatórios para promover a eficiência econômica e o bem-estar social. A discussão sobre a dissolução das fronteiras entre público e privado, conforme apresentado por Nohara (2015), ressalta a necessidade de um equilíbrio entre a participação estatal e a dinâmica do mercado, garantindo que as privatizações e as concessões atendam ao interesse coletivo e não comprometam os objetivos de desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, a relação entre privatizações e a atuação estratégica do Estado no desenvolvimento econômico deve ser marcada por uma complementaridade. O Estado não abandona sua função de promotor do desenvolvimento, mas redefine suas formas de atuação, seja por meio do controle direto de estatais, seja pela regulação e estímulo ao setor privado ou controle.

CONCLUSÃO

Como verificou-se, o Estado sempre se fez presente nas relações de mercado, atuando direta e indiretamente, visando ordená-las na tentativa de impedir a ocorrência de abusos do poder econômico e assegurar o desenvolvimento nacional. No entanto, tem-se vislumbrado uma gradativa redução da participação pública no mercado, com competências voltadas prioritariamente à regulação econômica. Isso faz com que a iniciativa privada ganhe maior importância na promoção do desenvolvimento. Entretanto, esse processo necessita da participação pública, a qual deve ocorrer em harmonia com a iniciativa privada, notadamente na realização de investimentos, além de que compete ao Estado a defesa do interesse público.

Desse modo, ainda que o país tenha passado por mudanças na seara administrativa, o Estado continua legitimado a atuar no mercado interno, direta e indiretamente, não sendo a subsidiariedade um limitador a essa participação, pois condicionar a atividade pública a um segundo plano nada mais é do que uma ideia contrária ao que se espera do Estado brasileiro.

Destarte, o Estado deve adotar uma postura ativa sempre que se fizer necessário, mas sem que disso decorram impedimentos ou a redução da participação privada no mercado, pois o desenvolvimento depende de uma atuação conjunta, e não exclusiva, do Poder Público e dos particulares.

REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Internacional*. 5. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.
- BERCOVICI, Gilberto. *O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo*. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-princípio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucional.htm. Acesso em: 28 set. 2024.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto; Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parte IV - Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.); MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia (org.). *Tratado de direito administrativo - funções administrativas do Estado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 2.

MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Trad. Elvira Serapicos. 1. ed. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 29-46, jun. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia Diom; GONÇALVES, Gabriel Vinicius Carmona; ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Governança e Compliance nas Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (Coleção Compliance, v. VII)

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa. *Competitividade e desenvolvimento do transporte aéreo: regulação, infraestrutura, integração, eficiência e desafios do Setor Aéreo ao desenvolvimento no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2024.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa. *Direitos Humanos como ordenadores da atividade econômica do Brasil*. Curitiba: CRV, 2020.

Juliana Alves de Carvalho
Jeferson Sousa Oliveira

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Trad. Maria Teresa Lemos de Lima. 1. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2015.

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

Recebido: 25/07/2023

Aprovado: 19/10/2023

SANEAMENTO BÁSICO EM PAUTA: UM ESTUDO SOBRE A CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

*BASIC SANITATION ON THE AGENDA: A STUDY
ON THE GRANTING OF PROVISIONAL URGENCY
PROTECTION BY THE COURT OF JUSTICE OF
MINAS GERAIS*

Lívia Cunha de Menezes¹

Isabela Neves Silveira²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A interdependência entre os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2. A demanda em juízo pela prestação dos serviços públicos de saneamento básico. 3. O perigo da demora nas demandas ambientais

¹ Doutoranda e mestra em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Professora Associada de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Atualmente requisitada na AGU.

que guardam relação com a saúde pública. 4. Análise de casos. 4.1. Decisões favoráveis à concessão da tutela provisória de urgência. 4.2. Decisões contrárias à concessão das tutelas provisórias de urgência. Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho visa compreender a aplicação da tutela provisória de urgência nas demandas que têm por objetivo a prestação dos serviços de saneamento básico, notadamente a aferição do *periculum in mora*, a partir da análise de casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Para tanto, empregou-se o método de raciocínio indutivo e a combinação da pesquisa teórica e do estudo dos precedentes. Conclui-se que a implementação de políticas públicas de cunho interdisciplinar e regionalizadas, dialogadas com os diferentes segmentos da sociedade, é caminho possível para debelar o passivo em termos de saneamento básico no país. Apesar de não ser possível negar a relevância que o Judiciário pode exercer na solução de casos pontuais, a sua atuação se dá de modo díspar, como observado na análise dos julgados do TJMG, em que situações semelhantes são interpretadas de forma oposta. Todavia, quando instado a se manifestar, propõe-se que o Judiciário, ao aferir o *periculum in mora*, não se baseie no lapso temporal em que a situação irregular perdura, mas no exame dos efeitos danosos concretos sobre os recursos naturais e os ecossistemas, a fim de privilegiar a redistribuição do ônus do tempo em favor da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Políticas públicas. Meio ambiente. Saneamento básico. Tutelas provisórias.

ABSTRACT: This paper aims to understand the application of provisional urgency protection in demands that seek to provide sanitation, notably the definition of the *periculum in mora* based on the analysis of cases judged by TJMG. Therefore, the inductive reasoning method, the theoretical research and the study of precedents were used. It is concluded that the formulation and implementation of public policies of an interdisciplinary and regionalized nature, thought with the different segments of society, is a possible way to eliminate the liabilities in terms of sanitation in the country. Although it is not possible to deny the relevance that Judiciary can exert in the solution of specific cases, the performance of the magistrates occurs in a different way, as observed in the analysis of the cases judged by TJMG, in which similar situations are interpreted in the opposite way. However, when asked to intervene, it is proposed that the Judiciary, when

addressing the *periculum in mora*, do not base its decisions on the time lapse in which the irregular situation persists, but on examining the concrete harmful effects on natural resources and ecosystems in order to privilege the redistribution of the burden of time in favor of the community.

KEYWORDS: Judicialization. Public policy. Environment. Sanitation. Provisional protection.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo geral compreender a aplicação das tutelas provisórias de urgência nas demandas coletivas ou individuais que visam garantir a prestação dos serviços de coleta e de tratamento dos efluentes sanitários, notadamente como é aferido o *periculum in mora*, utilizando precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) para aliar a teoria à prática.

Com o propósito de alcançar o objetivo geral, os objetivos específicos são: a) definir a noção de direitos fundamentais, explicitando a interdependência entre o direito à saúde e o direito ao meio ambiente; b) contextualizar a problemática do saneamento básico no Brasil e no Estado de Minas Gerais; c) problematizar a via judicial enquanto mecanismo de efetivação de políticas públicas; d) expor a sistematização das tutelas provisórias segundo o Código de Processo Civil de 2015; e) discutir o requisito do *periculum in mora* para a concessão da tutela provisória de urgência nas demandas ambientais que guardam relação com a saúde pública; e f) examinar os recursos de agravo de instrumento julgados pelo TJMG entre dezembro de 2019 e maio de 2020, a fim de identificar as balizas utilizadas pelos desembargadores para aferir a presença do *periculum in mora*.

É indene de dúvidas que a prestação dos serviços de saneamento básico é condição essencial para a fruição de uma vida digna. Desse modo, o saneamento básico pode ser considerado um direito fundamental imprescindível para a concretização de outros direitos fundamentais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a segurança alimentar, a moradia adequada, a educação, dentre vários outros.

Sublinha-se que, de acordo com a conceituação dada pelo artigo 3º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, o saneamento básico é o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (Brasil, 2007). Em virtude da necessidade de um recorte metodológico mais bem delimitado no objeto da investigação, o presente trabalho centrou suas atenções no estudo do esgotamento sanitário.

O motivo para tanto são os dados que apontam a insuficiência das políticas públicas direcionadas à coleta e ao tratamento dos efluentes no Brasil. Os dados sofrem variações de acordo com a localidade, todavia, os indicadores demonstram uma realidade muito aquém do recomendado em todas as regiões do país. Não se olvida que, também nos demais pilares do saneamento básico, os índices estejam aquém do recomendado em termos de saúde pública. No entanto, é no campo da coleta e do tratamento do esgoto que se encontram os maiores óbices, motivo pelo qual se elege o objeto em questão para esta pesquisa.

O presente estudo se alinha à vertente jurídico-sociológica, por se dedicar a uma relevante demanda social que há muito se encontra prevista na legislação, mas que carece de eficácia no plano concreto. De modo a concretizar a vertente teórico-metodológica, o trabalho se adequa ao tipo genérico de investigação jurídico-propositivo. Como estratégia para a pesquisa, será empregado o método de raciocínio indutivo e, como técnicas de investigação, a pesquisa teórica e o estudo de precedentes, a partir da análise de referências bibliográficas, da legislação e dos julgados (Gustin; Dias, 2006, p. 22 e 30).

Assim, inicialmente tratar-se-á sobre a interdependência entre os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado, expondo também alguns dados que refletem a realidade nacional quanto à prestação do serviço de esgotamento sanitário, para então abordar a judicialização das políticas públicas e o perigo da demora nas demandas ambientais que guardam relação com a saúde pública. Por último, o trabalho se dedicará à análise de todos os agravos de instrumento sobre a temática julgados pelo TJMG entre dezembro de 2019 e maio de 2020. Destaca-se, desde logo, que o recorte temporal é relevante para delimitar, metodologicamente, o objeto do trabalho. Nesse sentido, todos os agravos julgados no período a respeito do tema saneamento básico foram analisados para a elaboração do artigo, de modo que se torna possível tecer constatações empíricas sobre os pronunciamentos proferidos pelo TJMG.

1. A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Com o objetivo de fixar as premissas que nortearão o desenvolvimento do presente estudo, nesta seção será abordada a noção de direitos fundamentais e as implicações recíprocas entre o equilíbrio ecológico e a saúde humana. A sedimentação dessa compreensão é relevante, porquanto demonstra que o acesso aos serviços de saneamento básico é pilar essencial para a fruição do direito à saúde e para a proteção dos recursos naturais. Ademais, esta seção

buscará expor dados que retratam a atual conjuntura do país e de Minas Gerais quanto aos índices de coleta e de tratamento do esgoto sanitário.³

Édis Milaré (2014, p. 526-527) elucida a importância do saneamento básico e sublinha que “As patologias ligadas à água, no caso da saúde humana, representam a impressionante maioria de 80% das doenças que se instalaram no mundo. São as conhecidas doenças de veiculação hídrica”. Destarte, os investimentos em saneamento básico repercutem em melhorias diretas na saúde pública e na qualidade de vida da população, além de representarem ganhos para as futuras gerações em termos de preservação dos recursos hídricos.

Os baixos índices de coleta e de tratamento do esgoto no Brasil são grandes responsáveis pela degradação dos recursos hídricos e, por consequência, pela qualidade da água que chega às residências dos brasileiros. Conforme estimado pelo Atlas Esgotos da Agência Nacional de Águas (ANA), apenas 55% da população brasileira é atendida de forma adequada pelos serviços de esgotamento sanitário (Brasil, 2017, p. 22). É considerado como atendimento adequado a solução individual com fossa séptica ou os esgotos coletados e tratados de forma coletiva.

No que tange aos panoramas regionais, o Atlas afirma a existência de diferentes realidades dentro do Brasil quanto aos índices de coleta e de tratamento do esgoto. No Estado de Minas Gerais, estima-se que 86% da população possua acesso à rede coletora, todavia apenas 44% é atendida pelo tratamento de esgoto (Brasil, 2017, p. 31). Apesar de não ser o estado da Federação com os piores índices, os dados são, ainda assim, inquietantes e demonstram a urgência de se refletir sobre políticas públicas adequadas para enfrentar tamanho *déficit*. Registra-se que, segundo o Painel do Saneamento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), cerca de 51,2% do esgoto gerado no país foi tratado em 2021 (Brasil, 2021).

Em razão da mencionada urgência, providências começaram a ser delineadas no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo como premissa a ideia de que as ações adotadas até então não se mostraram bem-sucedidas. Em 2018, duas Medidas Provisórias (MP n. 844 e MP n. 868) foram editadas,

³ Os direitos fundamentais representam nada mais do que a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico doméstico, isto é, a previsão expressa ou implícita no texto constitucional ou no chamado bloco de constitucionalidade (Barroso, 2019, p. 492). O subsistema dos direitos fundamentais, previsto no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), não pode ser considerado autônomo e autossuficiente, mas, sim, aberto e flexível, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante (Canotilho, 2013, p. 185). Considerando o extenso catálogo de direitos previstos em âmbito constitucional, os seus objetivos e o regramento conferido à ordem social, Sarlet, Marinoni e Mítidiero (2019, p. 275) afirmam que a CRFB/1988 instituiu um verdadeiro Estado Socioambiental. Para os autores, a constatação da emergência de um Estado Socioambiental “busca enfatizar a necessária e urgente convergência das agendas social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano” (Sarlet; Marinoni; Mítidiero, 2019, p. 294). Disso decorre não apenas a necessidade de compreensão integrada entre ambos os direitos, como também a formulação de políticas públicas que atendam a essa complexidade, sob pena de uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

alterando dispositivos da Lei n. 11.445/2007.⁴ Contudo, ambas tiveram seu prazo de vigência encerrado devido à ausência de votação no Congresso no prazo constitucionalmente previsto.

A esperada atualização legislativa foi efetuada com a sanção da Lei n. 14.026, em julho de 2020. O diploma normativo em referência alterou o marco legal do saneamento básico, visando à universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033, porém sofre críticas principalmente com relação aos potenciais efeitos lesivos que a entrada do setor privado, o qual perquire prioritariamente o lucro, poderia causar sobre as populações de baixa renda.⁵

É importante rememorar que a sociedade brasileira convive com esse problema há muitos anos. O processo de desenvolvimento industrial no Brasil conduziu à intensificação dos índices de urbanização. Contudo, o crescimento dos centros urbanos não foi acompanhado por políticas de planejamento da infraestrutura urbana, nem de moradia para as populações mais vulneráveis. Destarte, à alta densidade demográfica seguiu-se uma não contida geração de lixo, que se acumulava em locais inadequados, bem como o lançamento do esgoto *in natura* (Philippi Jr.; Bruna, 2014, p. 710).

Diante do exposto, é possível inferir que o saneamento básico é direito fundamental cujas bases assentam-se sobre o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo, então, condição essencial para uma vida digna, o saneamento básico integra a esfera do mínimo existencial. Esse raciocínio contrasta com os dados que demonstram a manifesta insuficiência dos índices de coleta e de tratamento do esgoto no Brasil. Assim, compete ao Poder Público atuar de forma proativa visando à concretização de políticas, planos ou programas que garantam a expansão do serviço.

2. A DEMANDA EM JUÍZO PELA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Nesta segunda seção, o objetivo será a abordagem da via judicial enquanto mecanismo de efetivação das políticas públicas de saneamento básico. Como subsídio para a elaboração do texto, a etapa da revisão

⁴ A Medida Provisória n. 844, de 6 de julho de 2018, atualizava o marco legal do saneamento básico e alterava as Leis n. 9.984/2000, 10.768/2003 e 11.445/2007, porém perdeu a vigência em razão da ausência de análise, no prazo hábil, pelos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado. A Medida Provisória n. 868, de 27 de dezembro de 2018, também atualizava o marco legal do saneamento básico, alterava as Leis n. 9.984/2000, 10.768/2003, 11.445/2007 e 13.529/2017 e perdeu a vigência por ausência de votação.

⁵ Foge ao escopo deste trabalho tecer considerações mais aprofundadas a respeito das alterações na Lei n. 11.445/2007, porém cabe citar as principais mudanças com relação ao que vigorava anteriormente: a) o Novo Marco veda a formalização de novos contratos de programa com entidades da Administração Pública Indireta; b) a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular passa a depender da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação; c) a função de regulação em âmbito nacional foi atribuída à ANA, cuja competência consistirá na edição de normas de referência; d) a previsão de prestação regionalizada dos serviços de saneamento possibilita que os municípios se reúnam em blocos, de modo que haja uma única licitação e a empresa contratada preste o serviço em todos os entes integrantes do bloco.

bibliográfica recorreu à literatura especializada no tema da judicialização das políticas públicas.

Em suas raízes, a judicialização da política no Brasil deriva do período de redemocratização que se seguiu ao término da Ditadura Militar, do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados, que combinou a fórmula americana de controle difuso ao modelo europeu de controle por ação direta (Barroso, 2012, p. 31). Por conseguinte, o fenômeno em questão não decorre da vontade dos juízes, mas, sim, do constituinte, do desenho institucional vigente.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 35), a verificação da compatibilidade das políticas públicas com os objetivos fundamentais expressos no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) não fere o Princípio da Separação dos Poderes. Ademais, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988). Desse modo, deparando-se com a demanda cujo cerne envolve a realização de direitos fundamentais, não restam alternativas ao Poder Judiciário a não ser o seu processamento segundo os ditames de um processo justo.

Cabe sublinhar que não se trata de uma autorização para que os juízes se sobreponham ao legislador ou ao administrador, impondo a eles a sua própria valoração política (Barroso, 2019, p. 369). Importante limite a ser considerado, de modo que haja o devido respeito à separação dos poderes, é a discricionariedade administrativa. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018), após a Constituição de 1988, também ocorreram importantes modificações no entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do controle judicial do ato administrativo, notadamente nos aspectos considerados discricionários:

(...) anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública (Di Pietro, 2018, p. 282, grifo nosso).

A reflexãoposta sobre a evolução no modo como a discricionariedade é compreendida pelo Judiciário é especialmente relevante para as demandas ambientais. Em um primeiro momento, cabe pontuar que o grau de liberdade

conferido pelo legislador ao agente público para a realização de escolhas a partir de critérios de conveniência e oportunidade deve-se ao fato de que a atuação da Administração Pública não pode ser mecanizada e exclusivamente vinculada (Oliveira, 2019, p. 326). Contudo, não se trata de um poder absoluto e irrestrito, mas, sim, de uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados (Carvalho Filho, 2017, p. 52).

Sem embargo de ser vedado ao Judiciário se substituir ao Executivo e ao Legislativo para definir qual a decisão mais conveniente ou oportuna (Oliveira, 2019, p. 327), a reflexão de Di Pietro permite observar uma evolução, a exigir dos julgadores certo esforço interpretativo a fim de verificar se a finalidade precípua do preceito normativo em tela fora atingida com a escolha discricionária. A esse respeito, Fabiana Zilles (2015, p. 154) se posiciona no sentido de que compete ao exercício da jurisdição aferir se os critérios de conveniência e adequação, imbricados nos procedimentos ou nas omissões da Administração Pública, guardam, ou não, conformidade com os postulados constitucionais e à legislação infraconstitucional.

Situando a discussão anterior na seara da proteção ao meio ambiente, é possível afirmar que o Poder Público não pode agir de modo a causar degradação ambiental sob o argumento da conveniência ou da oportunidade da escolha. Como bem afirma Herman Benjamin (2012, p. 101), a constitucionalização do direito ao meio ambiente ocasionou a redução da discricionariedade da Administração Pública, porque ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2022, p. 338), o Estado está vinculado aos deveres constitucionais de proteção ao meio ambiente, na sua condição de direito e dever fundamental. A isso se segue a proibição de insuficiência de proteção, isto é, o Estado não pode omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção de tal direito, sob pena de incorrer em violação à ordem jurídico-constitucional. Destarte, a insuficiência manifesta de proteção torna possível o controle judicial de tal *déficit* de agir do ente estatal.

Como já afirmado na primeira seção, o saneamento básico integra a esfera do mínimo existencial, porquanto o acesso à água potável, o manejo ambientalmente correto dos resíduos sólidos e o tratamento dos efluentes sanitários são condições que repercutem na saúde e na qualidade de vida dos cidadãos. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2022, p. 378), a garantia do mínimo existencial ecológico, expressão que designa o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, também cabe ao Estado, por força dos seus deveres de proteção aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgado do ano de 2019, reafirmou que é possível “em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida asseguratória de direitos fundamentais” (Brasil, 2019b). Nessa ocasião, a Suprema Corte confirmou o acórdão do Tribunal *a quo*, que determinou ao município de Niterói a execução de políticas públicas adequadas para o saneamento básico.

Diante do exposto até o momento, a perspectiva a ser defendida neste trabalho é a de que a prestação dos serviços de esgotamento sanitário em consonância com os padrões de qualidade ambiental não é escolha que se encontra na órbita de discricionariedade dos agentes públicos. Abrem-se parênteses para consignar que, por esgotamento sanitário, compreendem-se as “infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reuso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente”, consoante o artigo 3º, inciso I, alínea “b” da Lei n. 11.445/2007.

Ora, tratando-se de um serviço tão essencial que guarda relação com os direitos fundamentais à saúde, ao equilíbrio ecológico, à educação e à moradia adequada, não resta escolha ao Poder Público a não ser o planejamento e a busca por soluções viáveis ao contexto de cada localidade, em observância à disciplina legal da matéria.

Como é cediço, o planejamento e a busca por soluções para problemas de interesse coletivo perpassam a construção de políticas públicas que incorporem diagnósticos seguros acerca da realidade regional/local, consulta pública aos diversos segmentos da sociedade, a articulação entre os órgãos governamentais envolvidos, considerações sobre a dimensão econômico-financeira e estratégias para implementação.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) conceitua política pública como o “programa de ação governamental (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Nota-se que a política pública tem como traço marcante a sua qualidade de planejamento estratégico, vez que consiste em um conjunto de metas articuladas com a finalidade de realizar objetivos de ordem pública (Bucci, 2006, p. 14).

Contrapondo esse raciocínio aos dados expostos na subseção anteriormente, observa-se uma verdadeira omissão do Executivo, em todas as unidades da Federação, na elaboração e na implementação das políticas públicas na seara do saneamento básico, em especial no que toca ao esgotamento sanitário. No entendimento de Fabiana Zilles (2015, p. 102), essa manifesta insuficiência é creditável não apenas ao custo das obras, mas também à sua quase nula visibilidade e pouco retorno político.

Ressalta-se que a obrigação do Estado em prestar os serviços públicos que integram o saneamento básico vai além da simples instalação dos equipamentos e da estrutura operacional. Toda a infraestrutura mobilizada deve funcionar em condições idôneas à preservação da saúde pública e à proteção do meio ambiente⁶ (Zilles, 2015, p. 96).

Diante da manifesta omissão do Poder Público em elaborar e executar políticas públicas nessa seara, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende ser possível, além da propositura da ação coletiva pelos sujeitos elencados no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), a ação individual movida pelo cidadão diretamente atingido pela precariedade do sistema de saneamento básico, por se tratar de interesse individual homogêneo (Brasil, 2019a).

Logo, observa-se que a judicialização do saneamento básico permite a discussão e, eventualmente, a solução de casos pontuais, seja apenas um município, uma rua ou uma residência. Destarte, apesar de não ser possível negar a importância que o Poder Judiciário possa desempenhar na solução dos problemas em um cenário local, o panorama macro é ainda mais desafiador, porquanto dependente da boa condução do processo de elaboração das políticas públicas e da vontade política para que estas sejam implementadas.

Aqui, é importante abrir parênteses para ressaltar que os danos ambientais são transfronteiriços e perduram no tempo, de modo que a poluição causada pelo despejo dos efluentes *in natura* não fica adstrita à área do município responsável por essa ocorrência. Pelo contrário, os efeitos desse despejo interagem com os danos causados por outras atividades, se intensificando ou mesmo se transformando, acarretando impactos cumulativos e sinérgicos que repercutem em toda a bacia hidrográfica.

Nos dizeres de Herman Benjamin (1998, p. 10), é importante lembrar que as técnicas de proteção ao meio ambiente precisam ser “complementares entre si e devem funcionar de maneira integrada, da responsabilidade civil, penal e administrativa ao planejamento, auditorias e instrumentos econômicos”. Nesse diapasão, não se pode pressupor que problemáticas tão complexas envolvendo o meio ambiente e a saúde pública possam ser solucionadas apenas pela via judicial, sem a integração dos instrumentos de política ambiental e o engajamento dos órgãos governamentais e da sociedade civil.

Portanto, a judicialização das políticas públicas de saneamento básico pode desempenhar um papel relevante na solução de casos pontuais, possibilitando que, em um cenário local, o Poder Público seja instado a providenciar a instalação e o funcionamento adequados da infraestrutura

⁶ A título exemplificativo, a Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH n. 01/2008, vigente no Estado de Minas Gerais, dispõe sobre as condições e os padrões de lançamento dos efluentes que devem ser observados pelos prestadores do serviço, a fim de preservar a qualidade dos corpos hídricos.

necessária. Em contrapartida, não se pode pretender que o Judiciário seja a resposta para todos os problemas porque a realidade do saneamento básico no país demanda a integração das técnicas de proteção ao meio ambiente, estratégias de governança e a interface das políticas públicas de saneamento com outras políticas de áreas correlatas.

3. O PERIGO DA DEMORA NAS DEMANDAS AMBIENTAIS QUE GUARDAM RELAÇÃO COM A SAÚDE PÚBLICA

Considerando que o decurso do tempo pode agravar os efeitos dos impactos ambientais e intensificar os problemas de saúde pública, é importante adentrar ao estudo das tutelas provisórias. Nesse sentido, será feita uma breve exposição da sistematização das tutelas provisórias conforme o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), com ênfase no requisito *periculum in mora*, isto é, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nas demandas ambientais que guardam relação com a saúde pública.

Como é cediço, a tramitação dos processos na atual conjuntura brasileira é lenta, o que se deve não ao exercício das garantias processuais constitucionais, mas aos aspectos de gestão dos recursos humanos, técnicos e operacionais do Judiciário. Por isso, a tutela jurisdicional provisória é mecanismo para garantir a efetividade dos direitos que não admitem tamanha espera. Ademais, o instituto presta-se a evitar situações de injustiça, em que a demora do processo se reverte em vantagem para uma das partes, regulando provisoriamente a crise de direito em que se acham envolvidas as partes (Theodoro Júnior, 2020, p. 640).

O fundamento constitucional para as tutelas provisórias recai sobre o princípio da razoável duração dos processos (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88) e sobre o direito constitucional a uma tutela adequada, tempestiva e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88). Opera-se, assim, uma postergação do contraditório, visando tutelar situações excepcionais em que o tempo de espera pelo trâmite do processo poderia causar prejuízos irreparáveis aos direitos dos cidadãos.

Nessa linha de raciocínio, a cognição sumária tem por objetivo antecipar a resposta do Judiciário à demanda movida pelo cidadão. Para tanto, o magistrado se baseia em juízo de probabilidade, visto que, nesse momento, não há espaço para a apreciação exaustiva e detalhada de todas as provas. Por conseguinte, o juiz formula a sua decisão a partir da demonstração dos requisitos mínimos que justificam a concessão da tutela requerida no caso concreto.

Cabe sublinhar que o instituto das tutelas provisórias é gênero composto por duas espécies – a tutela de urgência e a tutela de evidência – sendo que cada uma possui requisitos próprios e ainda subdivisões internas.

A característica que diferencia as duas espécies é a urgência, conquanto ambas podem ser caracterizadas pela provisoriação, pela revogabilidade e pela fungibilidade.

Tais requisitos podem variar conforme se trate da tutela de evidência ou da tutela de urgência. O CPC/2015, porém, igualou os requisitos para a concessão das duas modalidades de tutela provisória de urgência: a satisfativa, ou antecipada, e a cautelar (Bueno, 2019, p. 302-303). Desse modo, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, critérios amplamente difundidos pelas expressões latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente, são os requisitos a serem demonstrados (art. 300, *caput*).

O *periculum in mora* representa o interesse específico que justifica a emanação da providência antecipada, ou seja, a justificativa para a falta de aptidão do procedimento comum em resolver determinadas situações que devem ser verificadas antes de seu curso normal; com efeito, o perigo da demora é o risco de ineficácia da medida (Sá, 2023).⁷

Consoante José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala (2020, p. 129), o instrumento mais adequado para evitar a ocorrência de danos ambientais ou para impedir que determinada situação lesiva ao meio ambiente se prolongue de forma indefinida no tempo é a tutela provisória de urgência satisfativa, ou antecipada. A tutela satisfativa não antecipa o reconhecimento do direito, porquanto o que se está antecipando é a possibilidade de fruição dos efeitos do possível direito, a fim de que a tutela jurisdicional tenha utilidade ao seu titular caso os pedidos formulados sejam julgados procedentes (Bedaque, 2015, p. 254).

Importante aspecto a ser considerado é o lastro probatório mínimo que deve ser apresentado a fim de justificar a concessão da tutela provisória de urgência, seja ela cautelar ou satisfativa. A esse respeito, João Batista Lopes (2018, p. 237) defende que, apesar de não se exigir a certeza, não se pode prescindir de prova segura e idônea, a ser valorada com prudência pelo magistrado a fim de evitar a indiscriminada concessão das tutelas provisórias.

Sem embargo, a aplicação do CPC/2015 às demandas ambientais deve ser diferenciada, o que conduz à percepção da necessidade de um processo peculiar para a defesa ambiental, voltado, em essência, para as características do bem tutelado (Marin; Lunelli, 2010, p. 329). Ora, adotando-se a concepção de processo enquanto instrumento para a efetividade da tutela dos direitos, há que se pensar nas necessárias rupturas do processo civil ambiental em relação ao clássico mecanismo de proteção a direitos individuais. A esse

⁷ O *periculum in mora* incumbe à parte que pretenda obter a tutela provisória de urgência a demonstração dos motivos capazes de comprometer a efetividade da tutela final e definitiva. Nesse viés, o perigo da demora, conforme o CPC/2015, representa o risco de que algum acontecimento comprometa o resultado útil do processo, fato esse que deve ser concretamente descrito e suficientemente comprovado pelo interessado (Bedaque, 2015, p. 259).

respeito, cabe ponderar que os aspectos processuais não poderão se sobrepor ao bem material tutelado. Logo, “o processo adequado à tutela ambiental é o que reconheça, de antemão, as peculiaridades do bem que se pretende proteger” (Marin; Lunelli, 2010, p. 317-318).

Nesse viés, o caráter transindividual do direito ao meio ambiente, os efeitos intertemporais e transfronteiriços dos danos ambientais, a sua estreita relação com a saúde e a qualidade da vida humana e os crescentes riscos criados pela sociedade tecnológica e industrial ao equilíbrio ecológico exigem do Direito e dos seus operadores uma perspectiva diferenciada. No campo processual, mais especificamente na concessão das tutelas provisórias de urgência, o raciocínio não é diferente.

Segundo José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala (2020, p. 129), o Judiciário deve aceitar um afrouxamento da carga probatória nas lides ambientais, de modo a abrir possibilidade para a concessão de tutelas provisórias de ameaça a dano ambiental futuro. Considerando que o ordenamento jurídico-ambiental pátrio se consolida sobre os princípios da prevenção e da precaução, o risco intolerável de dano ao meio ambiente, aferido com base em juízo de verossimilhança, é bastante para comprovar o *periculum in mora* e justificar a antecipação da tutela (Leite; Ayala, 2020, p. 129).

Salienta-se que a prova do dano ambiental, ou do risco de sua ocorrência, demanda o auxílio de peritos e de métodos científicos, em virtude da interdisciplinaridade própria à temática. Sendo assim, são necessários conhecimentos que extrapolam a esfera do Direito e que devem servir como baliza para os magistrados na tarefa de aferir a presença do *periculum in mora*. Sem embargo, as perícias técnicas não vinculam as decisões judiciais, posto que o esforço de interpretação e análise dos casos concretos ainda depende da aplicação da principiologia ambiental, além dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em realidade, o Judiciário não deve se contentar com o papel reativo, atuando apenas após a constatação do dano e da degradação da qualidade ambiental e dos ecossistemas. O cenário ideal, condizente com as reivindicações sociais e com as disposições constitucionais, é que sejam somados esforços entre todos os mecanismos de defesa ambiental, sejam eles judiciais ou extrajudiciais. Desse modo, cabe ao Judiciário também trabalhar com os riscos, com uma visão que ultrapassa o momento presente e que focaliza a qualidade do bem ambiental a ser usufruído pelas futuras gerações.

Nessa necessidade premente de revisitar os conceitos clássicos do processo civil, os pressupostos da tutela provisória de urgência podem ser flexibilizados. Diante das circunstâncias do caso concreto, seria possível também que o magistrado fundamentasse a sua decisão apenas com base em um dos pressupostos ou, ainda, naquele que entender “mais forte” (Gomes; Simioni, 2020, p. 165).

Posto isso, depreende-se que a exigência de prova exata atestando que a atividade em tela implicará danos ambientais não condiz com a concepção do processo civil em harmonia com o direito tutelado, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O *periculum in mora* poderia se manifestar, por exemplo, na ausência de regularização ambiental de uma indústria ou na perpetuação da exploração irregular de uma propriedade rural (Gomes; Simioni, 2020, p. 166).

Para o bom desempenho da atividade jurisdicional nessa seara, o auxílio dos peritos e a atenção à interdisciplinaridade são fundamentais, sendo necessário que os magistrados tenham uma sensibilidade mais aguçada ao redistribuir o ônus do tempo de forma proporcional entre a coletividade detentora do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a outra parte que, provavelmente, perquire interesses privados.

É importante, assim, o aperfeiçoamento dos instrumentos de prevenção aos danos ambientais, com a participação mais engajada dos atores interessados, da sociedade civil, de peritos e de auditores ambientais. Dessa maneira, constrói-se um aparato mais robusto e coerente para respaldar as decisões judiciais, sendo certo que o magistrado que decidir em sentido oposto às análises técnicas que recomendam ação rápida, em razão do risco intolerável ao meio ambiente, deve fundamentar a sua decisão de forma sólida.

Diante do exposto, evidencia-se que a tutela provisória de urgência é instrumento processual de suma importância para a consecução do direito fundamental enunciado no *caput* do artigo 225 da CRFB/1988, porque permite a antecipação dos efeitos da tutela em ocasiões em que a perpetuação da situação danosa ao meio ambiente é de difícil ou quase impossível reparação. Privilegia-se a coletividade em detrimento dos particulares que exercem atividades potencialmente poluidoras, inclusive pela flexibilização do *periculum in mora*, visto que não se pode admitir o apego à forma em detrimento da dignidade dos direitos que se pretende tutelar.

4. ANÁLISE DE CASOS

Nesta última seção, serão analisados todos os seis recursos de agravo de instrumento localizados no sítio eletrônico do TJMG sobre o tema, cujo recorte metodológico temporal foi o período de dezembro de 2019 a maio de 2020. Foram identificados três recursos julgados procedentes a fim de conceder a tutela provisória de urgência em situações de precariedade, ou inexistência, do tratamento de esgoto, e três recursos julgados improcedentes.

O objetivo em tela é identificar quais balizas foram utilizadas pelos julgadores para aferir a urgência nas demandas que pleiteiam a prestação dos serviços de coleta e de tratamento dos efluentes sanitários, sejam elas demandas movidas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais

(MPMG) ou por indivíduos determinados. Além disso, serão tecidos alguns comentários sobre os aspectos decisivos na solução das demandas e sobre a oscilação no entendimento das Câmaras a respeito de assuntos semelhantes.

4.1. Decisões favoráveis à concessão da tutela provisória de urgência

Nesta subseção, serão apresentados os agravos de instrumento n. 1.0697.16.002067-6/001, 1.0012.18.001146-7/001 e 1.0116.19.001161-3/001, julgados, respectivamente, em 16 e 23 de abril de 2020 e 14 de maio de 2020.

O agravo de instrumento n. 1.0697.16.002067-6/001 foi interposto pela Companhia de Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais (COPANOR) contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Turmalina nos autos da ação civil pública proposta pelo MPMG em face da agravante e do município de Veredinha. A decisão agravada determinou aos réus a interrupção do lançamento de efluentes sanitários *in natura* no prazo de um ano, assim como a adoção das medidas necessárias para solucionar os problemas identificados nos sistemas de coleta, transporte e/ou tratamento de efluentes na sede do Município de Veredinha e no Distrito de Mendonça (Minas Gerais, 2020e).

A COPANOR alegou que a medida liminar concedida esgota, no todo ou em parte, o objeto da ação, o que é vedado pela legislação processual. Ademais, argumentou que não é verdadeira a afirmação de que todo lançamento de efluente sanitário sem tratamento no meio ambiente seja atividade ilegal ou irregular e que o MPMG não apresentou prova concreta demonstrando os danos ambientais nos cursos d'água em questão. O aspecto financeiro também foi lembrado, com a pontuação de que a execução das medidas exige vultosas e complexas obras de implantação de redes de esgotamento sanitário de grande extensão (Minas Gerais, 2020e).

Para os integrantes da 19ª Câmara Cível, a concessão da tutela de urgência antecipada não esgota totalmente o objeto da ação, porquanto a regularização do sistema de tratamento de água e esgoto é medida a ser efetivada gradativamente pela COPANOR. No mérito, o recurso foi desprovido, porque os julgadores consideraram que as más condições na prestação do serviço de esgotamento sanitário e o descarte de efluentes domésticos sem tratamento, por si só, satisfazem os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano (Minas Gerais, 2020e).

Outrossim, o desembargador relator, seguindo na esteira do entendimento consolidado do STJ a respeito da inversão do ônus da prova em matéria ambiental,⁸ invocou o princípio da precaução para afirmar que

⁸ Enunciado n. 4 da 30ª edição da *Jurisprudência em Teses*: “O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (Brasil, 2015).

“compete àquele que cria ou assume o risco de criar danos ambientais comprovar que a sua conduta não foi lesiva” (Minas Gerais, 2020e). Dessa forma, apesar da alegação da COPANOR de que o autor da ação civil pública não apresentou provas dos danos ambientais, a inversão do ônus da prova impõe àquele que opera atividade potencialmente poluidora comprovar que a sua atividade não tem ocasionado degradação.

Quanto ao prazo concedido para o cumprimento da decisão que concedeu a tutela de urgência, os desembargadores acordaram que um ano é razoável e proporcional, mormente se considerado que a situação narrada não é nova e que a necessidade de um provimento eficaz para os jurisdicionados impõe o equilíbrio entre a gestão pública e o direito ao saneamento básico.

Nota-se, no caso mencionado, que a referência ao critério temporal serviu para justificar a adoção de medidas de forma mais célere. Destarte, para a 19^a Câmara Cível, o fato de a situação irregular perdurar há muito tempo seria motivo para a delimitação do prazo de um ano para a execução das medidas, de modo a assegurar a eficácia do provimento e equilibrar valores juridicamente relevantes – o direito ao saneamento básico e a continuidade da gestão pública.

No agravo de instrumento n. 1.0012.18.001146-7/001, o TJMG deu parcial provimento ao recurso interposto pelo município de Liberdade e outros contra decisão do juízo *a quo*, que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pelo MPMG nos autos de ação civil pública em defesa do meio ambiente e da saúde. A decisão agravada compelia os réus a, no prazo de um ano, dar destinação adequada aos efluentes sanitários por meio da implementação e da operação do sistema de tratamento no município (Minas Gerais, 2020b).

O município de Liberdade, em suas razões recursais, suscitou argumentos de cunho eminentemente financeiro, além da inexequibilidade do prazo concedido para a realização das obras. Segundo o agravante, o valor a ser despendido – em torno de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) – representa quase toda a receita do município prevista para o ano de 2019, razão pela qual não seria possível o cumprimento da decisão em sua integralidade sem afetar toda a gestão pública municipal (Minas Gerais, 2020b).

O TJMG deferiu parcialmente o efeito suspensivo requerido pelo agravante, apenas para dilatar o prazo inicialmente concedido para 24 meses, tendo em vista as dificuldades financeiras vivenciadas pelo município. Contudo, a 5^a Câmara Cível, por unanimidade, manteve a decisão de primeira instância que deferiu o pedido liminar requerido pelo agravado, porquanto considerados presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

De acordo com o voto do desembargador relator, a inexistência de sistema adequado para o tratamento dos efluentes sanitários implica

riscos concretos para o meio ambiente e a saúde pública, caso mantida tal circunstância no município de Liberdade. Nessa linha de raciocínio, nem o próprio agravante negou a essencialidade das medidas impostas na decisão liminar, limitando-se a discutir a ausência de recursos para a sua execução. Na ótica do desembargador, o argumento orçamentário deve ceder frente à apresentação, pelo MPMG, de dados concretos que atestam a existência de risco à saúde e ao meio ambiente. Assim, o perigo de dano pela demora da prestação jurisdicional restou devidamente configurado, segundo o entendimento dos julgadores (Minas Gerais, 2020b).

Já no agravo de instrumento n. 1.0116.19.001161-3/001, o município de Campos se insurgiu contra a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência antecipada para determinar a adoção das medidas necessárias para a instalação e a operação do sistema de tratamento dos efluentes sanitários, bem como a obtenção das licenças ambientais pertinentes, no prazo de 365 dias (Minas Gerais, 2020c).

Em suas razões recursais, o agravante alega que, tendo em vista que a situação irregular quanto ao esgotamento sanitário perdura por anos no município, não haveria urgência no deslinde da questão. Não obstante, o agravante sustenta que, a despeito da necessidade de solução do problema que motivou a ação civil pública, é desproporcional impor à municipalidade, em tão pouco tempo, a execução e a conclusão de obra tão complexa e onerosa (Minas Gerais, 2020c).

Os desembargadores da 4^a Câmara Cível acompanharam o voto do desembargador relator. Em suma, o recurso não foi provido em função dos seguintes argumentos: a) o lançamento do esgoto doméstico e industrial diretamente nos leitos d'água constitui uma grave ameaça ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) o município de Campos descumpriu as deliberações normativas do Conselho de Proteção Ambiental (COPAM) n. 96/2006 e 128/2008, que convocaram os municípios para o licenciamento ambiental dos sistemas de tratamento de esgoto; c) a inércia do agravante vem causando poluição ambiental nos cursos d'água; d) não há violação à discricionariedade administrativa quando verificada a afronta a direitos e garantias constitucionais; e e) o prazo de 365 dias para o cumprimento das medidas impostas pelo juiz *a quo* mostra-se razoável, especialmente porque o agravante já descumpriu outras determinações (Minas Gerais, 2020c).

Logo, nos três casos apresentados nesta subseção, a referência ao critério temporal justificou a adoção de medidas mais céleres. Quanto à carga probatória, concluiu-se que é necessária a apresentação, pelo Ministério Público ou qualquer outro legitimado à propositura da ação, de dados concretos que atestem a existência de risco à saúde e ao meio ambiente, sem, contudo, que isso signifique que a prova em questão deverá ser taxativa.

4.2. Decisões contrárias à concessão das tutelas provisórias de urgência

Nesta subseção, serão expostos os agravos de instrumento n. 1.0543.18.001565-2/001, 1.0386.17.001814-0/001 e 1.0000.19.155315-5/001, julgados, respectivamente, em 3 de dezembro de 2019, 21 de janeiro de 2020 e 28 de maio de 2020.

O agravo de instrumento n. 1.0543.18.001565-2/001, interposto pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) em face de Fábio Antônio de Oliveira e outros, foi julgado pela 2^a Câmara Cível. Na origem, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Resplendor deferiu o pedido liminar para determinar à COPASA a realização, no prazo de 15 dias, da ligação dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário nas residências dos autores, localizadas na cidade de Itueta (Minas Gerais, 2019).

A argumentação da agravante reside na não comprovação do *periculum in mora*, porque a situação perdura desde o ano de 2014, sem que houvesse sido pleiteada qualquer medida judicial ou administrativa para cessar o estado de precariedade. Ademais, sustenta que não é medida reversível, já que o cumprimento da decisão implicaria na realização de obras para implantação e prolongamento das redes, que demandam esforços e materiais de custo elevado. Quanto ao pedido referente ao esgotamento sanitário, a COPASA levantou a sua ilegitimidade passiva, porque, na localidade em questão, apenas detém a concessão do serviço de abastecimento de água (Minas Gerais, 2019).

Por considerar que a agravante deixou de juntar aos autos qualquer documento comprobatório da sua ilegitimidade passiva quanto ao serviço de esgotamento sanitário, o TJMG rejeitou a preliminar em tela e conheceu do recurso. Na análise do mérito, a 2^a Câmara Cível se ateve à presença dos requisitos necessários para a concessão da tutela provisória de urgência e negou provimento ao recurso com base nos seguintes argumentos: a) não restaram adequadamente esclarecidas todas as circunstâncias narradas, inclusive sobre as reais condições dos imóveis em questão; b) considerando que a situação perdura desde o ano de 2014, sem qualquer providência por parte dos moradores até então, o requisito *periculum in mora* resta afastado; e c) a medida pleiteada é irreversível (Minas Gerais, 2019).

No agravo de instrumento n. 1.0386.17.001814-0/001, a 7^a Câmara Cível negou provimento ao recurso interposto pelo MPMG em face do município de Lima Duarte e do Departamento Municipal de Água e Esgoto (DMAE). Segundo o agravante, o município em questão não possui sistema de tratamento do esgoto, o que tem ocasionado a degradação do meio ambiente em razão do lançamento de efluentes não tratados em corpos d'água locais. Conforme o MPMG, mesmo cientes do seu dever legal e das consequências danosas ao meio ambiente e à população, os agravados não

adotaram qualquer providência concreta na busca pela regularização da prestação do serviço (Minas Gerais, 2020d).

Contudo, os desembargadores acordaram que o recurso, embora admissível, não merece provimento pelas seguintes razões: a) os requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora* não foram integralmente preenchidos; b) a ação civil pública em tela é desdobramento do Inquérito Civil n. MPMG-0386.14.000051-7, instaurado em agosto de 2014 para apurar a regularidade do sistema de tratamento de esgoto do município de Lima Duarte; c) questiona-se a demora do MPMG no ajuizamento da ação na origem, o que ocorreu em setembro de 2017, bem como a atual situação fática do serviço no município em questão, visto que não havia nenhuma nota ou parecer técnico no Inquérito Civil posterior a agosto de 2016 (Minas Gerais, 2020d).

Nota-se, em ambos os casos expostos, que a antiguidade da situação irregular significou, no entendimento da 2^a e 7^a Câmaras Cíveis, respectivamente, que não havia urgência no deslinde da questão. No primeiro caso, veio à tona a circunstância de que os agravados conviviam com a ausência do fornecimento de água e de esgotamento sanitário ao menos desde o ano de 2014, sem que nenhuma medida judicial ou administrativa tivesse sido pleiteada. Já no segundo, questionou-se a demora do MPMG em propor a ação civil pública, vez que o inquérito civil foi instaurado em 2014 e a ação ajuizada três anos após, em 2017.

É necessário sublinhar que as localidades que não contam com a infraestrutura adequada para a coleta e o tratamento do esgoto sanitário na atualidade também não o dispunham há 20 ou 30 anos. Contudo, essa conjuntura não torna a situação menos relevante ou urgente, porque há que se perquirir os efeitos danosos que a ausência desse serviço pode causar a direitos constitucionalmente protegidos. É nesse diapasão que o critério temporal pode não ser o parâmetro mais adequado, mormente se considerada a ambiguidade na forma como é empregado pelas Câmaras do TJMG.

Ora, seria mais interessante levar em consideração os reflexos danosos da ausência de saneamento básico sobre os recursos hídricos, o solo, os ecossistemas e a saúde da população do que simplesmente presumir que a situação irregular de uma dada localidade não é urgente porque os seus cidadãos convivem com ela há muitos anos.

Já no agravo de instrumento n. 1.0000.19.155315-5/001, último recurso selecionado para a análise, o inconformismo partiu da Associação Comunitária do Bairro Jardim Canadá em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1^a Vara Cível da Comarca de Nova Lima, que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência em face da COPASA (Minas Gerais, 2020a).

O cerne do argumento da agravante é que a COPASA, apesar de cobrar de todos os moradores do bairro Jardim Canadá pela coleta e pelo tratamento de esgoto, efetua somente a coleta e o bombeamento, mas não

realiza o respectivo tratamento. Logo, os esgotos domésticos e industriais de todo o bairro estariam sendo lançados, *in natura*, nos córregos e riachos da região (Minas Gerais, 2020a).

Desse modo, o pedido da associação consistia na suspensão da cobrança do valor referente ao tratamento do esgoto que não estaria sendo efetivado pela concessionária. A fim de demonstrar a procedência do argumento, a parte autora apresentou laudo pericial produzido pela própria agravada, dando conta de que não efetua o tratamento do esgoto, bem como notícias demonstrando que a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE) determinou a suspensão da cobrança indevida pelo tratamento do esgoto.

No entendimento do juízo *a quo*, não havia elementos que indicassem a presença do *periculum in mora*. Para a 4^a Câmara Cível, a correta apuração dos fatos narrados pela agravante carecia de instrução probatória, porquanto, até o momento, não havia sido possível demonstrar, com a segurança necessária, a insuficiência dos serviços prestados pela COPASA. Outrossim, a imediata intervenção na forma de cálculo praticada pela concessionária poderia afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, interferir na própria prestação dos serviços de saneamento básico (Minas Gerais, 2020a).

Assim, percebe-se que também há oscilação no entendimento das Câmaras quanto ao acervo probatório mínimo para a antecipação da tutela. Por vezes, a apresentação de elementos que apontam para o risco de danos irreversíveis ao meio ambiente é tida como suficiente. Em outros momentos, o Tribunal se distancia da doutrina que defende o afrouxamento da carga probatória nas lides ambientais para exigir prova indene de dúvidas quanto à ocorrência de danos ambientais.

CONCLUSÃO

A emergência do Estado Socioambiental reclama a formulação e a implementação de políticas públicas que atendam à complexidade inerente à relação entre a saúde humana e a saúde do meio ambiente, sob pena de proteção insuficiente dos direitos fundamentais. No contexto do Estado Socioambiental inaugurado pela CRFB/1988, o saneamento básico deve ser compreendido como verdadeiro direito da humanidade, componente do patamar mínimo necessário a uma existência digna.

Contudo, os dados muito aquém do desejado na prestação dos serviços de coleta e tratamento do esgoto sanitário demonstram que a realidade vivenciada em todo o país é de insuficiência das políticas públicas e de carência nos investimentos. Considerando que os direitos fundamentais

implicam deveres de proteção por parte do Estado e que o Poder Público não pode agir de modo a causar degradação ambiental sob o argumento da discricionariedade, tem sido frequente a judicialização da matéria, assim como o pedido de tutela provisória de urgência a fim de antecipar a fruição dos efeitos do direito em questão.

A judicialização pode surtir efeitos positivos na solução de casos pontuais, compelindo o Poder Público local à instalação e ao funcionamento adequados da infraestrutura necessária à coleta e ao tratamento dos efluentes. Nessa seara, a tutela provisória de urgência é instrumento de suma relevância nas causas ambientais, porque permite encurtar o tempo de espera pelo provimento final a fim de fazer cessar determinada atividade poluidora ou impor ao agente poluidor a adoção de técnicas ou medidas mitigadoras, visando atuar proativamente na prevenção aos danos ambientais.

Partindo da concepção do processo como instrumento por meio do qual se alcança a efetividade da tutela dos direitos, não é possível aplicar o clássico mecanismo de proteção a direitos individuais em relação aos direitos difusos, que possuem lógica e complexidade diferenciadas. Posto isso, é necessária a cautela diante dos casos concretos, com o condão de adaptar o instrumento ao direito material tutelado. Nesse sentido, a flexibilização dos pressupostos da tutela provisória de urgência é medida que se impõe nas lides ambientais, bastando as evidências de risco intolerável de dano ao meio ambiente para comprovar o *periculum in mora*.

A apreciação dos casos julgados pelo TJMG demonstrou que não há parâmetros de análise consolidados entre os desembargadores para aferir a presença do *periculum in mora*. Em alguns momentos, é possível perceber a flexibilização da carga probatória, admitindo-se que a inexistência de tratamento do esgoto em certa localidade, por si só, justifica a concessão da tutela de urgência. Em outras circunstâncias, os julgadores se apegam a critérios como o tempo em que a situação perdura ou os recursos financeiros disponíveis na municipalidade para negar a antecipação da tutela.

Apesar da sua nítida relevância, não se pode pretender que o Judiciário seja a resposta para todos os problemas, por quanto a realidade do saneamento básico no país demanda a integração das técnicas de proteção ao meio ambiente, estratégias de governança e a interface das políticas públicas de saneamento com outras políticas de áreas correlatas. Quando instado a se manifestar em cenários de manifesta insuficiência na proteção desse direito fundamental, propõe-se que o Judiciário, ao aferir o *periculum in mora*, não se baseie no lapso temporal em que a situação irregular perdura, mas no exame dos efeitos danosos concretos sobre os recursos naturais e os ecossistemas, em juízo de verossimilhança, a fim de privilegiar a redistribuição do ônus do tempo em favor da coletividade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista (Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutelas provisórias: Considerações Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 253-266.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35-58.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade cível pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan. 1998.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 7347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l113105.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas – ANA. *Atlas esgotos: despoluição de bacias hidrográficas*. Brasília: ANA, 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. *Painel Esgotamento Sanitário*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snис/painel/es>. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses: Direito Ambiental*. Brasília, DF: STJ, 2015, n. 30. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). REsp nº. 1.779.361-RJ. Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Obrigação de Fazer e Indenizatória por Danos Morais. Rede de Esgotamento Sanitário no “Canal do Anil”. (...). Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 26 de fevereiro de 2019. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 abr. 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.215.692. Direito Administrativo. Agravo Interno em Recurso Extraordinário com Agravo. *Políticas Públicas: Saneamento Básico*. (...). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 27 de setembro de 2019. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 225, 16 out. 2019b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-50.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A Efetivação dos Direitos Fundamentais Através Do Processo Coletivo: O Âmbito de Cognição Das Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário* (Tese de Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 151.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Renata Nascimento; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito ambiental e gestão de riscos: o princípio da precaução na orientação da estrutura e sistemática dos pressupostos para concessão de medidas processuais de urgência. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 10, n. 1, p. 155-175, jan./abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, p. 36-57, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: Cássio Scarpinella Bueno (coord.). *Tutela Provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 225-237.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 311-330, jan./dez. 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0000.19.155315-5/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO [...]*. Agravante: Associação Comunitária do Bairro Jardim Canadá. Agravado: COPASA. Relatora: Des(a). Ana Paula Caixeta. DJe 29/05/2020a. Belo Horizonte, MG: TJ, 28 de maio de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (5^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0012.18.001146-7/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA [...] Agravante: Município de Liberdade, Rita de Cássia Rodrigues. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. DJe 27/04/2020b. Belo Horizonte, MG: TJ, 23 de abril 2020.*

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0116.19.001161-3/001. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - CONTROLE JURISDICIONAL [...] Agravante: Município de Campos Gerais. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Kildare Carvalho. DJe 15/05/2020c. Belo Horizonte, MG: TJ, 14 de maio 2020.*

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (7^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0386.17.001814-0/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - TUTELA DE URGÊNCIA [...] Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Município de Lima Duarte e Departamento Municipal de Água e Esgoto (DMAE). Relator: Des. Peixoto Henriques. DJe 27/01/2020d. Belo Horizonte, MG: TJ, 21 de janeiro de 2020.*

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (2^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0543.18.001565-2/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRELIMINARES REJEITADAS [...] Agravante: COPASA. Agravado: C.V.C, Fábio Antônio de Oliveira, G.V.O, H.R.C, K.V.C, Patrick da Vitória Cardoso, Silvana Rodrigues de Oliveira, Waldecy Inácio Coutinho, Zélia Vieira da Vitória Coutinho. Relator: Des. Rinaldo Kennedy Silva. DJe 04/12/2019. Belo Horizonte, MG: TJ, 3 de dezembro de 2019.*

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (19^a Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº. 1.0697.16.002067-6/001. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LANÇAMENTO DE ESGOTO IN NATURA EM CÓRREGOS [...] Agravante: COPANOR. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Leite Praça. DJe 24/04/2020e. Belo Horizonte, MG: TJ, 16 de abril 2020.*

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PHILIPPI JÚNIOR. Arlindo; BRUNA, Gilda Collet. Política e Gestão Ambiental. In: PHILIPPI JÚNIOR. Arlindo; BRUNA, Gilda Collet; ROMÉRO, Marcelo de Andrade (ed.). *Curso de gestão Ambiental*. 2. ed. Barueri: Manole, 2014, p.707-768.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 185-214.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. I.

ZILLES, Fabiana. *O controle jurisdicional de políticas públicas de saneamento básico e seus limites em casos de omissões administrativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015, p. 179.

Recebido: 14/08/2024
Aprovado: 04/11/2024

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA REVISÃO LITERÁRIA A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

PUBLIC ADMINISTRATION AND FUNDAMENTAL RIGHTS: A LITERATURE REVIEW FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC CONSTITUTIONAL LAW

Maria Fernanda Rosa¹
Rafael Lazzarotto Simioni²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Neoconstitucionalismo e seus efeitos na proteção dos Direitos Fundamentais. 2. O neoconstitucionalismo e a efetividade dos Direitos Fundamentais no Direito Administrativo. 3. Desafios

-
- 1 Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharela em Direito pela FDSM.
- 2 Pós-doutorado em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM. Coordenador Científico e de Pós-Graduação da FDSM. Consultor da Capes e do CNPq em avaliação de projetos na área do Direito.

e contradições na Administração Pública brasileira pós-Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo examina a aplicação dos Direitos Fundamentais no Direito Público, discutindo os princípios de supremacia do interesse público e do Direito Administrativo Social em Estados democráticos modernos. O problema central é a necessidade de adaptação das normas constitucionais às demandas contemporâneas de justiça social e Direitos Fundamentais. O objetivo é analisar a transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito após a Revolução Francesa, destacando a importância das Constituições Econômicas e da autonomia contratual na formação do capitalismo. A hipótese é que o neoconstitucionalismo influencia positivamente essa adaptação normativa. Exemplos práticos, como os direitos das crianças com Transtorno do Espectro Autista (TEA) nos Estados Unidos, ilustram a aplicação dessas teorias. Utilizando a metodologia analítica e técnica de revisão literária, o artigo conclui que a supremacia do interesse público não é absoluta. Na sociedade complexa, a mediação entre interesse público e privado deve ser realizada à luz da proteção dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Direito Administrativo. Interesse público. Neoconstitucionalismo. Administração Pública.

ABSTRACT: This article examines the application of Fundamental Rights in Public Law, discussing the principles of the supremacy of the public interest and Social Administrative Law in modern democratic states. The central issue is the need to adapt constitutional norms to contemporary demands for social justice and Fundamental Rights. The objective is to analyze the transition from the Police State to the Rule of Law after the French Revolution, highlighting the importance of Economic Constitutions and contractual autonomy in the formation of capitalism. The hypothesis is that neoconstitutionalism positively influences this normative adaptation. Practical examples, such as the rights of children with ASD in the USA, illustrate the application of these theories. Using analytical methodology and literature review techniques, the article concludes that the supremacy of the public interest is not absolute. In a complex society, the mediation between public and private interests must be carried out in light of the protection of Fundamental Rights.

KEYWORDS: Law. Administrative Law. Public interest. Neoconstitutionalism. Public Administration.

INTRODUÇÃO

O Direito possui duas faces distintas: uma voltada para a regulação e controle, e outra para a justiça, moral e ética. Essa dualidade permite que o Direito seja tanto um instrumento de dominação quanto de emancipação. Na Antiguidade, os gregos e romanos acreditavam que o Direito existia na primeira dimensão, nas *pólis* ou *civitas*, nas quais a política se desenrolava. No entanto, essa participação era restrita a uma elite política, enquanto a segunda dimensão, o *oikos* ou *domus*, correspondia à esfera privada, ocupada por mulheres e filhos não casados, sem dimensão política. Jürgen Habermas introduziu a ideia de uma terceira esfera, a esfera pública (Habermas, 1973, p. 63-64), que emergiu no final da Idade Média com os clubes de astronomia, caça e campo. Essa esfera é o local de formação de opinião e vontade, e hoje se manifesta em universidades, igrejas, escolas, mídia e redes sociais. O Direito, portanto, origina-se de conflitos e expectativas sociais emergentes na esfera pública.

O Direito Público, desde os tempos romanos, está associado ao conceito de *res publica*, ou coisa pública, que hoje entendemos como interesse público. Esse ramo do Direito não permite modificações arbitrárias nas regras e cláusulas, uma vez que é cogente e imperativo, aplicando-se independentemente da vontade das partes envolvidas. Exemplos incluem o Direito Tributário, Penal, Constitucional, de Família e Administrativo. Por outro lado, o Direito Privado está relacionado aos interesses particulares, permitindo maior flexibilidade e autonomia das partes para negociar e modificar contratos. Exemplos disso são o Direito Civil, Empresarial, do Trabalho e do Consumidor. À medida que as relações sociais e a configuração do Estado se tornaram mais complexas, as fronteiras entre o Direito Público e o Privado tornaram-se mais fluidas, necessitando de critérios mais sofisticados para sua distinção.

O regime jurídico-administrativo, composto por princípios, normas e institutos que regem a atuação da Administração Pública, é caracterizado pela supremacia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade dos interesses públicos, a submissão ao princípio da legalidade e a imposição de deveres e prerrogativas específicas aos agentes públicos. Esse regime oferece um arcabouço conceitual e normativo importante para a análise e compreensão das relações entre o Estado e os cidadãos, bem como para a atuação da Administração Pública.

Ao longo deste estudo, será possível verificar a importância dos princípios de supremacia do interesse público e do neoconstitucionalismo na estruturação do Direito Administrativo contemporâneo. A transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito após a Revolução Francesa reestruturou as relações entre o Estado e os cidadãos, solidificando a configuração atual

dos Direitos Fundamentais e da justiça social. A transição para um Estado de Direito não foi um processo linear ou desprovido de conflitos. A evolução do Direito Administrativo está intrinsecamente ligada às transformações sociais, políticas e econômicas que marcaram diferentes períodos históricos. No Brasil, a consolidação do Direito Administrativo como disciplina autônoma e a construção de um arcabouço jurídico robusto foram impulsionadas por diversos fatores, incluindo a necessidade de regulamentar a atuação do Estado e assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos.

O estudo *a priori* abordará a construção e aplicação do Direito Público e Privado, com ênfase particular nos princípios de supremacia do interesse público e no Direito Administrativo Social em Estados democráticos modernos. A análise se concentrará na necessidade de adaptar as normas constitucionais às demandas contemporâneas de justiça social e Direitos Fundamentais, destacando o papel do neoconstitucionalismo nesse processo de adaptação normativa.

O problema central é a adequação das normas jurídicas às transformações sociais e econômicas, especialmente a partir da transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito após a Revolução Francesa. Esse período marcou uma reconfiguração das relações entre o Estado e os cidadãos, consolidando a importância das Constituições Econômicas e da autonomia contratual na formação do capitalismo moderno. Exemplos práticos, como os direitos das crianças com Transtorno do Espectro Autista (TEA) nos Estados Unidos, serão utilizados para ilustrar como essas mudanças teóricas e legais se aplicam na prática. A hipótese principal defendida é que o neoconstitucionalismo, com sua ênfase na supremacia da Constituição e na efetividade dos Direitos Fundamentais, exerceu um impacto positivo na adaptação das normas jurídicas. Essa corrente teórica propõe uma interpretação dinâmica da Constituição, que leva em consideração os princípios, valores sociais e a evolução histórica, permitindo uma adaptação das normas às necessidades contemporâneas.

Para serem alcançados esses resultados, a metodologia utilizada é a analítica, baseada em revisão literária, com a utilização de exemplos práticos e analogias para contextualizar e ilustrar os conceitos discutidos. O estudo adentrará os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo no cenário contemporâneo, incluindo a globalização, a inovação tecnológica e as exigências por uma gestão pública mais eficiente.

A teoria da constituição dirigente invertida, elaborada por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto (2006), é um conceito importante discutido no estudo. Essa teoria aborda a priorização de uma constituição financeira voltada para a proteção do capital privado e o equilíbrio macroeconômico, em detrimento da efetivação dos princípios econômicos previstos na Constituição. A discussão desse conceito é especialmente

relevante para entender as tensões entre a estabilidade econômica e a realização dos direitos sociais, particularmente no contexto brasileiro pós-Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), no qual a ordem financeira tem sido historicamente favorecida em detrimento das políticas sociais.

O artigo também fará referência a diversos autores que influenciam a discussão teórica. Celso Antônio Bandeira de Mello (1967, p. 44-61) é citado por sua defesa da supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade dos interesses públicos, que são pilares do Direito Administrativo. Emerson Gabardo (2017, p. 95-130) analisa a definição contemporânea de interesse público, destacando influências das escolas francesas e do positivismo kelseniano, e discute o escoamento conceitual na pós-modernidade, que reflete a complexidade da sociedade atual. Luis Manuel Fonseca Pires (2014, p. 375-389) estuda o papel do Direito Administrativo no Estado Social contemporâneo, destacando a importância de uma reflexão crítica sobre as normas e princípios administrativos.

Além disso, Daniel Wunder Hachem (2014) será mencionado por sua análise da evolução do Direito Administrativo brasileiro e o impacto da globalização nesse campo, ressaltando a necessidade de uma Administração Pública inclusiva. Heleno Taveira Torres (2014) contribui com suas pesquisas sobre a constituição financeira, destacando a importância da transparência e da responsabilidade fiscal no contexto do Estado Democrático de Direito. Marcel Waline será referenciado por sua contribuição ao entendimento do papel do Direito Administrativo na gestão dos interesses públicos.

Diante da complexidade e das exigências de uma abordagem interdisciplinar da temática, também convocaremos os aportes teóricos e conceituais de Zygmunt Bauman (2021) para analisar as consequências da globalização e seu impacto nas estruturas econômicas e sociais, enquanto Max Weber (1996) será citado por sua distinção racional entre conceitos jurídico-normativos, utilizada para discutir a abstração dos conceitos no Direito. Niklas Luhmann (1982) é outro autor importante que será mencionado no artigo, especialmente por sua análise das complexidades da sociedade contemporânea e da diferenciação funcional dos sistemas sociais. Luhmann destaca que a sociedade moderna é dotada de diferenciação que não possui um centro único de controle, o que desafia as noções tradicionais de ordem e centralidade. Embora sejam três sociólogos com tradições teóricas diferentes, seus estudos, neste trabalho, oferecem diferentes formas de compreensão que complementam a complexa relação jurídica entre Direitos Fundamentais e Administração Pública.

Nas sociedades complexas, a importância do Direito Administrativo se renova, especialmente porque não trata apenas de regulação das relações entre o Estado e os cidadãos, mas, sobretudo, de um direito reestruturado

na forma de uma cultura jurídica capaz de promover ativamente a justiça social e a proteção dos Direitos Fundamentais. A compreensão dos princípios jurídicos é primordial para garantir que o Estado atue, adaptando-se às transformações sociais e políticas contemporâneas. Através dessa abordagem, o estudo busca tratar dos desafios e das possibilidades do Direito Administrativo contemporâneo, enfatizando a necessidade de um contínuo desenvolvimento teórico e prático para atender às exigências de uma sociedade em constante evolução. Após estabelecer a relevância dos princípios de supremacia do interesse público e do Direito Administrativo Social, é imperioso aprofundar a análise sobre o impacto do neoconstitucionalismo na efetividade dos Direitos Fundamentais. Essa corrente teórica reconfigurou a forma de interpretar e aplicar as normas constitucionais, desempenhando um papel central na adaptação das constituições às demandas contemporâneas.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS EFEITOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O valor metodológico do regime jurídico-administrativo reside em sua capacidade de fornecer uma estrutura para interpretar e aplicar as normas de Direito Administrativo de maneira adequada e consistente. Ao entender as características e os princípios que governam esse regime, juristas e estudiosos do Direito podem assegurar que a atuação da Administração Pública esteja alinhada com os valores que reafirmam o próprio Direito. Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu a importância da supremacia do interesse público sobre o privado e a ideia de que os interesses públicos são indisponíveis, isto é, não podem ser objeto de renúncia ou transação pelos agentes públicos (Mello, 1967, p. 14). Esses conceitos são elementares para a compreensão e aplicação do Direito Administrativo, especialmente no que diz respeito às relações entre o Estado e os cidadãos, bem como na atuação da Administração Pública em prol do bem-estar da sociedade.

O neoconstitucionalismo transformou as normas constitucionais em princípios de aplicação imediata, um conceito antecipado por Hans Kelsen no século XX. Hoje, esse paradigma sustenta uma relação horizontal entre Estado e cidadão. Mudou significativamente a interpretação e aplicação das constituições, destacando a supremacia constitucional, a efetividade dos Direitos Fundamentais e o papel ativo dos tribunais. Nesse contexto, a Constituição é vista como a norma fundamental e superior do ordenamento jurídico, prevalecendo sobre todas as demais leis. Desenvolvida na Europa após a Segunda Guerra Mundial, essa concepção coloca em destaque o foco na proteção e promoção dos Direitos Fundamentais, considerados garantias que devem ser asseguradas pelo Estado. Os tribunais desempenham

um papel relevante na interpretação da Constituição e na fiscalização da constitucionalidade das leis, tendo a capacidade de invalidar normas legislativas que contrariem os princípios constitucionais.

A interpretação da Constituição, segundo o neoconstitucionalismo, não se limita ao texto literal, mas envolve uma abordagem dinâmica que considera princípios, valores sociais e a evolução histórica, adaptando as normas constitucionais às necessidades contemporâneas. Essa corrente também defende, não sem divergências, um certo nível de ativismo judicial, no qual os tribunais assumem um papel proativo na proteção dos Direitos Fundamentais e na correção de injustiças legislativas, contribuindo para a formulação de políticas públicas e para a defesa de minorias. Essa nova abordagem surgiu como resposta a demandas por maior justiça social, efetividade dos Direitos Fundamentais e garantia da segurança jurídica em contextos democráticos. Ela influenciou profundamente sistemas jurídicos ao redor do mundo, adaptando-se às realidades de cada país e contribuindo para o desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional mais robusta e sensível às questões contemporâneas.

Um exemplo prático que ilustra a aplicação do neoconstitucionalismo é o direito das crianças com TEA nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, há uma legislação que garante que crianças com TEA tenham o direito a um profissional para acompanhá-las na escola, sendo o custo desse suporte assumido pela coletividade (United States, 1975). Esse direito é inserido na interpretação constitucional que enfatiza a proteção dos Direitos Fundamentais, incluindo o direito à educação inclusiva e adequada para crianças com necessidades especiais. No entanto, quando se trata da cobertura por planos de saúde privados, a situação é diferente e frequentemente desigual. Muitos planos de saúde não oferecem o mesmo tipo de suporte financeiro para serviços relacionados ao TEA, como terapeutas especializados ou tratamentos específicos, baseando-se muitas vezes em critérios de idade ou em exclusões de cobertura para certos tipos de condições.

Essa discrepância reflete uma tensão entre os princípios neoconstitucionais de igualdade e justiça social, e as limitações práticas e econômicas impostas pelo setor privado de saúde. Enquanto a legislação e a jurisprudência nos Estados Unidos têm evoluído para proteger direitos educacionais e sociais de grupos vulneráveis, como crianças com TEA, ainda há desafios significativos na garantia de acesso equitativo a serviços de saúde essenciais através de sistemas privados, que muitas vezes seguem critérios financeiros e de risco que podem excluir ou limitar o acesso a tratamentos necessários. O exemplo das crianças com TEA nos Estados Unidos não apenas destaca as conquistas do neoconstitucionalismo na garantia de Direitos Fundamentais, mas também ressalta as dificuldades contínuas em assegurar uma aplicação horizontal desses direitos, especialmente quando

se trata da interseção entre direitos educacionais públicos e a cobertura de saúde privada.

A contribuição teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello pode ser ilustrada pela analogia entre o Direito e o Sistema Solar, no qual o regime jurídico se constitui de princípios que lhe conferem especificidade em relação a outros sistemas. Todos os institutos se articulam, gravitam e equilibram-se de acordo com a racionalidade própria desse sistema. Diferentemente dos princípios físicos, os princípios jurídicos são livremente determinados pelos homens e podem ser modificados pelo legislador conforme necessário. Ao jurista, interessa compreender os princípios consagrados no sistema normativo, mesmo que não tenham sido conscientemente instaurados pelo legislador. Esses princípios são mutáveis e podem ser alterados a qualquer momento pela autoridade legislativa, seja pela substituição dos princípios básicos, seja pela modificação nos vários institutos particulares de uma dada disciplina (Mello, 1967, p. 29-30).

Assim, o regime jurídico-administrativo é indispensável para a investigação, o raciocínio e a construção teórica no campo do Direito, fornecendo um conjunto de regras e princípios que norteiam a atuação da Administração Pública. Compreender essas normas e suas implicações é o cerne para a interpretação adequada das relações entre o Estado e os cidadãos, garantindo que o interesse público prevaleça e que os Direitos Fundamentais sejam respeitados.

A partir dos estudos de Celso Antônio Bandeira de Mello e do artigo de Emerson Gabardo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no Direito Administrativo Social, podemos verificar que a definição de interesse público é central nas discussões sobre o regime jurídico desse ramo do Direito dentro do ordenamento jurídico. Gabardo argumenta que, embora as escolas francesas de serviço público e *puissance publique* tenham historicamente influenciado sua conceituação, o positivismo kelseniano exerce uma influência mais ampla e adequada na contemporaneidade (Gabardo, 2017, p. 97). Em um Estado Democrático Social, o interesse público deve equilibrar-se com os direitos subjetivos, prevalecendo sobre os interesses privados quando legalmente empoderado, conforme explica Renato Alessi, destacando o conceito de “poder-dever” (Alessi, 1953, p. 1), após a CRFB/1988.

Gabardo também introduz o conceito atualizado de Marcel Waline, para quem o Direito Administrativo visa conferir aos agentes públicos os poderes necessários para gerir os interesses públicos em prol do bem coletivo (Waline, 1959, p. 574). Marcel Waline defendia que o Direito Administrativo tem como objeto atribuir aos agentes públicos os poderes necessários para o bom exercício de sua missão de gestão dos interesses públicos a fim de satisfazer os bens coletivos (Waline, 1950, p. 271).

Gabardo critica a busca por uma única gênese remota para o conceito contemporâneo de interesse público como um equívoco arqueológico, reconhecendo que múltiplos elementos moldaram o Direito Administrativo moderno, incluindo a influência dos Direitos Humanos e das demandas populares, vitais em um Estado Democrático Social (Gabardo, 2017, p. 104). Ele aborda também os desafios contemporâneos na definição do interesse público na pós-modernidade, discutindo a colonização do espaço público pelo privado e a necessidade de uma identificação jurídica, política e ética desse conceito. Ele argumenta que a fluidez conceitual na pós-modernidade é apropriada para uma sociedade plural e flexível, refletindo a distinção racional estabelecida por Max Weber sobre a abstração de conceitos jurídico-normativos (Weber, 1996, p. 511).

No entanto, apesar das controvérsias, Gabardo sustenta que a supremacia do interesse público não deve ser vista como um axioma absoluto e irredutível, mas sim como um conjunto principiológico sujeito a exceções dentro do ordenamento constitucional brasileiro. Ele enfatiza que, em um Estado Democrático Social, a prevalência dos interesses da sociedade sobre os interesses particulares é medida capaz de evitar a desagregação social (Gabardo, 2017, p. 106-108). Derradeiramente, Gabardo propõe que o princípio da supremacia do interesse público deve ser o fundamento de um Direito Administrativo Social, alinhado com os Direitos Humanos, as necessidades sociais emergentes e as transformações constitucionais do século XX, caracterizando as constituições dirigentes dessa época (Gabardo, 2017, p. 118-120). Quando analisamos o valor metodológico do regime jurídico-administrativo, estamos diretamente refletindo sobre as bases do Estado, pois é por meio dos mecanismos administrativos que o Estado atua e define as funções das entidades administrativas que operam de acordo com as normas do sistema. O funcionamento desse sistema se fundamenta em princípios, regras e normas do Direito Administrativo, como já discutido *a priori*.

O texto de Luis Manuel Fonseca Pires, *Interesse público líquido e pós-modernidade: a lógica do individualismo e os desafios do Estado Social no século XXI*, nos auxilia a entender o papel do Direito Administrativo no Estado Social contemporâneo. O valor metodológico aqui reside precisamente nessa razão: como devemos refletir criticamente sobre normas e princípios administrativos para atender tanto ao “ser” quanto ao “dever ser” do Estado. Pires adota o interesse público como um princípio fulcral para o Estado Social contemporâneo, como motivador que direciona a ação estatal (Pires, 2014, p. 375). Seu estudo se concentra em compreender como o interesse público se posiciona frente ao Estado Social do terceiro milênio (pós-modernidade). A escolha de Pires pelo interesse público como objeto de estudo para responder à sua questão central também se justifica pela consideração de Celso Antônio

Bandeira de Mello, que reconhece a supremacia e a indisponibilidade do interesse público como princípios capitais do Direito Administrativo.

No entanto, para alcançar essa compreensão, é primordial revisitar o caminho percorrido, como o autor denomina, isto é, entender de onde viemos e onde chegamos para ponderar sobre o futuro. Assim, para entender o regime jurídico administrativo moderno, devemos relembrar alguns conceitos indispensáveis. O marco inicial dessa discussão é a superação do Estado de Polícia, referindo-se ao Estado pré-Revolução Francesa, um regime repressivo no qual todo poder centralizava-se em um único governante. O Estado controlava todos os aspectos da vida social, caracterizando-se pela utilização da força para controlar a população e reprimir qualquer forma de oposição, com leis arbitrárias e maior controle sobre a vida privada. Isso porque não estávamos lidando com um Estado de Direito, mas sim com um Estado regido pela vontade soberana do governante (Pires, 2014, p. 375-376).

Com a Declaração da Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, essa estrutura começou a sofrer profundas transformações, iniciando-se o período do Estado de Direito, que inicialmente foi o Estado de Direito Liberal, inserido principalmente no ideal de liberdade das revoluções. Os vencedores dessa revolução foram os burgueses, os iluministas que orientaram o movimento. Os ideais revolucionários foram usados principalmente pelos burgueses e a população pobre que não fazia parte da burguesia foi usada para promover a revolução (Pires, 2014, p. 376). O princípio da legalidade como condição da liberdade e igualdade se torna, nesse período, um valor central do Direito Público, que permite deslocar a autoridade do império dos homens, para o império da lei, da razão do Direito, o Estado de Direito. O neoconstitucionalismo, contudo, provoca uma nova importante transformação nessa relação, porque ele acrescenta ao sistema liberal de proteção dos direitos civis-individuais de liberdade e igualdade o compromisso não só do Estado limitar seu poder perante os direitos dos cidadãos, mas também de prestar, positivamente, os direitos individuais e sociais necessários para promover os direitos em toda a sua plenitude.

Estudos de autores como Emerson Gabardo e Luis Manuel Fonseca Pires reforçam a centralidade do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. A supremacia do interesse público sobre o privado, embora não seja um axioma absoluto, permanece um princípio orientador para evitar a desagregação social e assegurar que os direitos subjetivos sejam equilibrados com as necessidades coletivas. A influência dos Direitos Humanos e das demandas populares proporciona um Direito Administrativo que seja sensível às transformações sociais e políticas. Portanto, o regime jurídico-administrativo, ao fornecer um conjunto de

regras e princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, desempenha um papel-chave na garantia da justiça social e na proteção dos Direitos Fundamentais. Compreender e aplicar esses princípios de maneira reflexiva é elementar para a promoção de um Estado que seja não apenas eficiente, mas também justo e ético, capaz de responder de maneira adequada aos desafios e às demandas de uma sociedade em constante evolução.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para falar de constituição econômica, primeiramente, precisamos delimitar o tema. A constituição econômica refere-se à questão levantada por Burke ao analisar a Convenção da Filadélfia e a Constituição estadunidense. A Convenção da Filadélfia foi uma reunião dos representantes das 13 colônias que buscavam rediscutir os artigos da Confederação e elaborar um texto que mais tarde seria a Constituição Americana. Durante esses debates, Hamilton propôs a inclusão da autonomia dos contratos na Constituição, uma proposta inicialmente rejeitada, mas posteriormente inserida por ele mesmo. A forma como o capitalismo se desenvolveu nos Estados Unidos deve-se primordialmente a essa cláusula de autonomia de contratos, exemplificada pelo caso *Joseph Lochner vs. New York* (198 U.S. 45, 1905).

Alexander Hamilton, um dos Pais Fundadores dos Estados Unidos e um dos principais redatores dos *Federalist Papers*, propôs a inclusão da autonomia dos contratos como um princípio-chave na Constituição dos Estados Unidos. Para Hamilton, a proteção da liberdade contratual era crucial para o desenvolvimento econômico e para garantir a estabilidade das relações comerciais no novo país. A autonomia dos contratos, como princípio constitucional, significava que o governo deveria ter limitações na sua capacidade de interferir nos acordos privados entre indivíduos e empresas. Isso refletia uma filosofia política e econômica que valorizava a liberdade individual e a livre iniciativa como pilares do crescimento econômico e do progresso social. Ao longo da história dos Estados Unidos, a inclusão da autonomia dos contratos na Constituição teve profundas implicações. Contribuiu para um ambiente legal que favorecia o empreendedorismo, incentivava investimentos e promovia a segurança jurídica nas transações comerciais. Esses princípios foram medulares para o crescimento do país como uma potência econômica mundial.

No entanto, como exemplificado no caso *Lochner vs. New York* (1905), essa interpretação da autonomia dos contratos também gerou

debates significativos sobre os limites do poder regulatório do governo, especialmente em questões trabalhistas e de bem-estar social. A “Era Lochner” destacou um período em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos estava mais inclinado a proteger os direitos individuais contra a intervenção estatal, refletindo a influência da autonomia contratual na jurisprudência americana. Assim, a proposta de Hamilton e a subsequente inclusão da autonomia dos contratos na Constituição dos Estados Unidos não apenas moldaram o desenvolvimento econômico do país, mas também continuam a ser um ponto de referência nos debates sobre direitos individuais, regulamentação governamental e justiça econômica na sociedade americana.

No caso *Joseph Lochner vs. New York* (1905), o Supremo Tribunal dos Estados Unidos enfrentou a constitucionalidade da “*Bakeshop Act*” de Nova York, que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Joseph Lochner, um padeiro que violou essa lei, argumentou que ela infringia a “cláusula de devido processo” da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, interferindo indevidamente na liberdade de contrato entre empregadores e empregados. O Tribunal decidiu por cinco votos a quatro a favor de Lochner, alegando que a lei estadual era uma interferência indevida na liberdade de contrato. A decisão, redigida pelo juiz Rufus Peckham, refletiu uma época em que o Supremo Tribunal protegia vigorosamente os direitos econômicos contra a intervenção governamental, conhecida como a “Era Lochner”. Essa era judicialmente ativa foi marcada por várias decisões que invalidaram legislações trabalhistas e econômicas baseadas na liberdade de contrato. Contudo, o caso Lochner foi criticado por sua visão restritiva sobre o papel do governo na regulamentação econômica e pela interpretação ampla da liberdade contratual. Com o tempo, especialmente durante a Grande Depressão na década de 1930, o Supremo Tribunal alterou sua abordagem, passando a deferir mais frequentemente ao legislador em questões de regulação econômica e trabalhista.

A expressão “constituição econômica” (Canotilho, 1979, p. 543-545) é usada para destacar normas constitucionais relacionadas a relações econômicas, mas ela não é uma parte separada da Constituição, sendo essa nossa segunda premissa. Ou seja, a constituição econômica não pode ser separada das demais partes da Constituição, pois ela reflete as relações econômicas presentes no texto constitucional. A ideia de constituição econômica não é uma novidade do século XX, pois, desde a Constituição estadunidense, existem normas que tratam das relações entre Direito e Economia. No entanto, as constituições liberais do século XVIII buscavam preservar a ordem de mercado, incluindo a liberdade de indústria e comércio e a autonomia contratual. Por outro lado, as constituições sociais do século

XX, como as de 1917³ e 1919,⁴ buscavam transformar a ordem de mercado, sendo programáticas e enfrentando dificuldades de aplicabilidade devido ao paradoxo entre os interesses de uma elite econômica e as disposições constitucionais (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 58).

O legislador constituinte, tentando efetivar as expectativas constitucionais, estabeleceu consensos como o valor social do trabalho, a livre iniciativa e a função social da propriedade. Há uma relação intrínseca entre Direito, Política e Economia. A CRFB/1988 rompe e não rompe com o regime militar (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 60), sendo mais continuidade do que ruptura. A ordem financeira estabelecida na CRFB/1988 tem suas raízes na estruturação econômico-financeira da ditadura militar, iniciada em 1964 com o Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG). Durante esse período, foram criadas diversas peças orçamentárias distintas, incluindo o Orçamento Geral da União, o Orçamento da Previdência Social e o das Empresas Estatais, além do Orçamento Monetário (Martone, 1970, p. 69-80).

Destaca-se a conta-movimento do Banco do Brasil, utilizada para financiar o déficit público fora do Orçamento Geral da União. Bercovici menciona o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) como um problema, por ser um imposto de política econômica que deveria ser responsabilidade da Federação, e não dos estados (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 62). Até hoje, a lógica e estrutura da Administração Pública vêm do Decreto-Lei n. 200 de 1967. A Reforma Administrativa de 1998 apenas agregou as agências reguladoras atuais às já existentes desde 1930, como o Banco Central e o Instituto do Café.

Durante a Ditadura, houve um processo de centralização do orçamento. O Brasil teve duas leis de orçamento: o Código de Contabilidade Nacional do começo da República, vigente até 1964, e a Lei n. 4.320 de 1964, pouco antes do golpe militar. Nos anos 1930 até 1945, o Executivo, por meio do Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP), fazia a proposta do orçamento. Na Ditadura, a Lei Orçamentária Anual (LOA) surgiu, com um orçamento anual equilibrado apenas superficialmente (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 65). Além disso, havia o Orçamento das Estatais, da Previdência e o Monetário, representando uma tentativa de centralização.

Na década de 1970, a crise econômica mundial levou o Brasil a implementar reformas para mudar seu padrão de financiamento estatal. A redemocratização acelerou esse processo, resultando na criação da Secretaria

³ A Constituição Mexicana de 1917 é um marco na história do México e no constitucionalismo mundial. Promulgada em 5 de fevereiro de 1917, durante a Revolução Mexicana, essa Constituição substituiu a Constituição de 1857 e estabeleceu um novo quadro jurídico para o país. Foi a primeira Constituição no mundo a incluir Direitos Sociais e a prever a proteção dos trabalhadores e das comunidades rurais.

⁴ A Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, foi adotada em 11 de agosto de 1919, após a Primeira Guerra Mundial, marcando a transição da Alemanha de uma monarquia imperial para uma república democrática parlamentar. A Constituição de Weimar estabeleceu uma das primeiras democracias modernas na Alemanha e continha várias disposições progressistas para a época.

do Tesouro Nacional em 1986 e no congelamento da conta-movimento do Banco do Brasil. O “Plano Bresser” transferiu a gestão da dívida pública do Banco Central para o Ministério da Fazenda. O Banco Central deixou de financiar o Tesouro Nacional e perdeu suas funções de fomento, medidas consolidadas na CRFB/1988 (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 66-67).

A CRFB/1988 concluiu o processo de centralização do orçamento, delimitando que o Banco Central é o único responsável pela moeda e não pode emprestar ao Tesouro, e estabelecendo a Lei Orçamentária (Lei de Diretrizes Orçamentárias, Plano Plurianual e Lei Orçamentária Anual). A Lei de Responsabilidade Fiscal, mais tarde, fechou esse circuito, criminalizando o déficit e obrigando os entes subnacionais a adotarem um modelo uniforme de organização das finanças públicas.

O processo de centralização e unificação orçamentária no Brasil se estendeu até os anos 1990, culminando com a privatização dos bancos estaduais, a consolidação da autoridade monetária no Banco Central e a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal em 2000. Esse processo, iniciado nos anos 1970, limitou a capacidade de intervenção do Estado na economia, focando no controle dos gastos públicos. A partir da década de 1980, mudanças no sistema capitalista, como a financeirização e o avanço tecnológico, redefiniram o papel do fundo público, que passou a ser disputado não apenas para garantir direitos sociais, mas também para remunerar o capital. Isso levou a um aumento nos gastos públicos, especialmente em políticas monetárias, como altas taxas de juros, em vez de políticas de pleno emprego.

No Brasil pós-1988, houve uma supremacia do orçamento monetário sobre o fiscal, com as políticas fiscais controladas pela estabilização monetária. A CRFB/1988, que deveria orientar a política econômica, acabou isolada de seus instrumentos financeiros, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, limitando a busca pelo pleno emprego e por outras políticas financeiras (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 71).

Autores conservadores criticam a constituição dirigente por “amarra” a política, enquanto defendem políticas neoliberais que priorizam a estabilidade monetária sobre os direitos sociais. Para mudar esse quadro, alguns propõem aumentar o controle democrático sobre os recursos públicos ou adotar o princípio constitucional do pleno emprego. No entanto, isso enfrenta desafios significativos, como a desconfiança dos grandes empresários em relação ao gasto governamental. Os críticos da CRFB/1988 argumentam que apenas os dispositivos constitucionais relacionados a políticas públicas e direitos sociais limitam a liberdade de atuação do legislador. No entanto, esses mesmos críticos são os principais defensores das políticas de estabilização econômica e da supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. A imposição dessas políticas, por meio de reformas constitucionais

e legislação infraconstitucional, não gerou preocupação sobre a restrição das opções políticas futuras, deixando uma única política como a única alternativa possível (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 72-73).

Nesse contexto, o caso da *joint venture*⁵ entre a Embraer e a Boeing é particularmente relevante. Em 5 de julho de 2018, as empresas assinaram um memorando para formar uma *joint venture*, na qual a Boeing controlaria 80% do capital e a Embraer 20%, concedendo assim controle majoritário à Boeing. Rodrigo Oliveira Salgado, Fábio Sampaio Mascarenhas e Marcus Vinícius Silva de Oliveira levantam a questão sobre a possibilidade de o Poder Executivo Federal exercer o poder de veto inerente à *golden share*⁶ e, na hipótese de omissão, se o Congresso Nacional seria competente para a análise. A hipótese sustentada é que, com base no princípio da soberania econômica (art. 170, I), existe uma obrigação expressa de veto em situações em que a *joint venture* ou uma reorganização societária prejudique o mercado interno (art. 219). O texto analisa a origem da *golden share* no contexto neoliberal, sua introdução no Brasil e o caso específico da *joint venture* Embraer-Boeing, discutindo a relevância da *golden share* e os dispositivos constitucionais pertinentes à soberania econômica. A conclusão é que a *golden share* é ferramenta sólida para proteger a soberania econômica do Brasil, permitindo que o Estado vete decisões estratégicas prejudiciais ao mercado interno, e que o Congresso Nacional ou o Judiciário devem intervir em caso de omissão do Executivo (Salgado; Mascarenhas; Oliveira, 2020, p. 1-27).

Nas últimas duas décadas, as transformações no capitalismo levaram a uma nova ordem global, caracterizada pelo imperialismo do dólar, pela desregulamentação dos mercados e pela difusão do neoliberalismo. Isso modificou profundamente o Direito Financeiro, que agora está voltado para a organização da expansão financeira do processo de acumulação de capital, em vez de promover políticas de bem-estar social. Há uma supremacia da constituição financeira, que visa garantir o capital privado e o equilíbrio macroeconômico em detrimento da realização dos princípios econômicos da Constituição. A CRFB/1988 é uma constituição dirigente que incorpora um programa de transformações sociais e econômicas a serem realizadas pelo Estado. No entanto, os críticos a consideram prejudicial, culpando-a por crises econômicas e “ingovernabilidade”. Eles enxergam as políticas neoliberais como a verdadeira constituição dirigente, vinculando toda a política estatal à proteção da renda financeira do capital e à acumulação de riqueza privada.

⁵ É uma parceria estratégica entre duas ou mais empresas. Elas se unem com um objetivo específico, seja para executar um projeto conjunto ou até mesmo criar uma nova empresa.

⁶ A *Golden Share* surgiu na Inglaterra, nos anos 1980, e seu objetivo principal era garantir que empresas privatizadas (que antes faziam parte do patrimônio estatal) não fossem usadas contra os interesses nacionais após a transferência para o mercado privado.

No caso brasileiro, ainda, percebe-se a separação e a supremacia da constituição financeira, voltada para a garantia do capital privado e do equilíbrio macroeconômico, em detrimento da concretização da constituição econômica, ocasionando o que Bercovici e Massonetto denominam de “constituição dirigente invertida” (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 73). A constituição econômica, conforme discutido, revela-se como um elemento conectivo na interseção entre Direito e Economia, estabelecendo as bases para a organização das relações econômicas dentro de um ordenamento jurídico.

A análise histórica da inclusão da autonomia dos contratos na Constituição Americana, proposta por Alexander Hamilton e ilustrada pelo caso *Lochner vs. New York* (1905), destaca a importância desse princípio na promoção do desenvolvimento econômico e na limitação da interferência governamental nos acordos privados. Essa abordagem contribuiu significativamente para a formação do capitalismo nos Estados Unidos, embora tenha gerado debates sobre os limites do poder regulatório do Estado, especialmente em questões trabalhistas e de bem-estar social.

No contexto brasileiro, a CRFB/1988 também busca equilibrar a liberdade econômica com a promoção de direitos sociais, refletindo uma tentativa de conciliar a ordem de mercado com princípios como o valor social do trabalho e a função social da propriedade. No entanto, o histórico de centralização orçamentária e a prevalência do orçamento monetário sobre o fiscal demonstram os desafios enfrentados na concretização desses objetivos. A Lei de Responsabilidade Fiscal e outras reformas estruturais mostram a tensão entre a estabilidade econômica e a realização dos direitos sociais previstos na Constituição.

A crítica à “constituição dirigente invertida” evidencia a predominância das políticas neoliberais e a desvalorização dos princípios econômicos constitucionais que visam transformar a ordem de mercado. Essa inversão reflete a dificuldade de implementar plenamente os direitos sociais em um contexto de prioridade ao equilíbrio macroeconômico e à proteção do capital privado. Portanto, para efetivar uma constituição econômica que realmente atenda aos interesses da sociedade é necessário um controle democrático sobre os recursos públicos e uma reavaliação das políticas que priorizam a estabilidade financeira em detrimento do bem-estar social. Ao compreender a influência do neoconstitucionalismo na proteção dos Direitos Fundamentais, é possível analisar os desafios e as contradições que surgem na aplicação desses princípios no contexto específico da Administração Pública brasileira, especialmente após a promulgação da CRFB/1988. Esse período de transição traz à tona complexidades que precisam ser consideradas para uma atuação estatal mais eficaz.

3. DESAFIOS E CONTRADIÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

O estudo de Daniel Wunder Hachem, conforme delineado nos apontamentos dos professores Gilberto Bercovici e Luiz Fernando Massoneto sobre as finanças públicas e a constituição dirigente invertida, oferece uma análise acerca das transformações no Direito Administrativo brasileiro. Em seu artigo, publicado na obra *Direito Administrativo: Transformações e Tendências*, Hachem explora a transição do Estado brasileiro desde a intervenção estatal até a subsidiariedade, adaptando-se ao modelo político vigente.

Ele argumenta que o Direito Administrativo é fluido, moldando-se conforme o paradigma estatal do ordenamento jurídico em que se insere. Essa adaptação é importante, pois define os limites da intervenção estatal na esfera privada e na autonomia individual, refletindo diretamente nas políticas públicas e na legislação administrativa. Hachem também aborda a globalização do Direito Administrativo, observando que, apesar das tendências em direção a um Direito Administrativo Global ou Transnacional,⁷ é preciso uma análise detalhada das especificidades de cada sistema jurídico nacional. Isso é imperioso para compreender como mudanças na estrutura do Estado impactam esse ramo do Direito, especialmente no Brasil (Hachem, 2014, p. 391-460). Uma vez tratando-se de globalização, faz-se mister destacar a passagem inicial de Bauman em seu livro *Globalização: as consequências humanas*:

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos (2021, p. 7).

Hachem analisa as transformações na estrutura política brasileira e seus efeitos sobre o Direito Administrativo, com foco na reforma gerencial dos anos 1990 e na Emenda Constitucional n. 19 de 1998. Essas reformas refletiram a tendência neoliberal de reduzir as atribuições do Estado, transferindo responsabilidades sociais para a iniciativa privada. Ele critica essa visão neoliberal, argumentando que ela desconsidera as deficiências das

⁷ O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estaduais, internacionais, supranacionais e transnacionais (árbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução, segundo Marcelo Neves.

estruturas políticas em países subdesenvolvidos como o Brasil. Ele defende uma abordagem mais robusta do Estado, alinhada com as previsões da CRFB/1988, que estabelece um modelo de Estado de bem-estar social. Esse modelo exige do Estado não apenas um papel de árbitro, mas também de promotor ativo dos direitos sociais, buscando uma redistribuição material e uma igualdade efetiva.

O autor contrasta essa visão com a perspectiva neoliberal, que promove uma transição do Direito Administrativo de um regime público para um regime mais próximo do Direito Privado, caracterizando o que é conhecido como “Direito Administrativo Neoliberal”. Ele também discute as críticas de juristas brasileiros como Celso Antônio Bandeira de Mello a essa perspectiva neoliberal. Bandeira de Mello argumenta que países em estágios menos avançados de desenvolvimento não podem simplesmente adotar soluções importadas sem considerar suas próprias realidades políticas e sociais. Ele defende um Direito Administrativo que promova efetivamente os direitos econômicos e sociais, conforme previsto na CRFB/1988, enfatizando a necessidade de uma Administração Pública inclusiva e voltada para a redução das desigualdades sociais.

Daniel Wunder Hachem trata da evolução dos direitos econômicos e sociais no Judiciário brasileiro, distinguindo três períodos: antes de 1988, com direitos sociais vistos como declarações; pós-1988, com a efetivação influenciada pelo neoconstitucionalismo; e o atual, com tensões entre efetividade e igualdade. Em suma, o autor propõe um Direito Administrativo brasileiro que não só respeite os Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais, mas que também os promova ativamente, buscando reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Seu trabalho contribui significativamente para o debate sobre o papel do Estado na promoção do desenvolvimento e da igualdade no Brasil contemporâneo (Hachem, 2014, p. 391-460).

Nesse sentido, torna-se importante também conceitos estabelecidos por Castells, no capítulo intitulado *As raízes da ira, do livro Ruptura: a crise da democracia liberal*. O autor menciona que a globalização da economia “desestruturou economias nacionais e limitou a capacidade do Estado-nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais na origem” (2018, p. 18), como crises financeiras, violações de direitos, mudanças, terrorismo etc. Essa lógica, de tornar irrestrita a ação do capital e de diminuir a interferência do Estado, tende a aumentar a polarização das desigualdades sociais.

Por outro lado, seguindo a perspectiva sistêmico-autopoietica, Luhmann destaca que a globalização é um processo gradual de diferenciação funcional de sistemas sociais de comunicação (política, economia, direito, ciência, religião, arte e outros), que operam diferentes formas de sentido e que deu origem a um tipo de sociedade que é relativamente estável, embora não exista um centro único, nem um subsetor que possa reivindicar uma

supremacia incontestada. Segundo a análise do autor, uma das premissas básicas do que ele provocativamente chama de “pensamento social europeu tradicional” é a noção de que a ordem depende da centralidade. Essa é a razão pela qual seu próprio conceito de sociedade essencialmente sem centro encontra regularmente uma oposição tão intransigente. Analogamente, Luhmann acredita que, frequentemente, são as óticas herdadas do pensamento clássico, em vez de uma avaliação realista da situação, que induzem os críticos a identificar “crises” onde quer que olhem (1982, p. 15).

No campo das intersecções entre as formas de comunicação jurídica e econômica da sociedade, o livro *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*, de Heleno Taveira Torres, aborda inicialmente a mudança de paradigma no Direito Financeiro do Estado Liberal para o Constitucionalismo. No Estado Liberal, o Direito Financeiro tinha um caráter meramente instrumental, deixando as escolhas públicas para as Ciências das Finanças, a Economia Política e áreas afins. Esse cenário perdura até hoje, refletindo-se em princípios financeiros muitas vezes derivados de teorias econômicas, como as classificações de Pareto sobre “falhas de mercado” ou os teoremas de Buchanan, que não são unâmes entre economistas e, em alguns casos, já foram superados, como as teorias sobre “neutralidade orçamentária”. Como a constituição é um sistema axiológico, e dela é que deflui todo o sistema, a partir da constituição financeira, o sistema de Direito Financeiro assume verdadeira teleologia quanto aos objetivos a realizar (Torres, 2014, p. 50).

Para Torres, o desafio da teoria da constituição financeira reside na busca de um método estritamente jurídico para analisar de forma unitária as finanças públicas à luz do constitucionalismo contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Foi somente com a transição para o Estado Democrático de Direito que se aprofundou o estudo para uma integração funcional entre a constituição financeira e outras áreas constitucionais como a Econômica, Tributária, Político-Federativa e Social.

Assim, surge um novo paradigma no qual o Direito Financeiro se torna primordial no constitucionalismo contemporâneo. Os modelos de financiamento do Estado devem sempre estar em conformidade com a Constituição, sujeitos não apenas ao controle de constitucionalidade formal, mas também material. A constituição financeira, portanto, não se limita ao conjunto de regras orçamentárias, abrangendo toda a sua integralidade com repercussão financeira, como competências constitucionais, serviços públicos, políticas públicas, garantias a Direitos Sociais e previdenciários, além da proteção de Direitos Fundamentais e liberdades. Nesse sentido:

Com a constituição garantista do Estado Democrático de Direito e suas distintas constituições materiais, como a constituição econômica e da

constituição social, ampliaram-se as competências dos gastos públicos e respectivos controles, a reclamar especializações crescentes. Nesta amplitude, viu -se ruir o tênuo edifício da sua unidade de método, pelas fundações assentadas entre finanças, economia e juridicidade, sobremodo cambiantes conforme as mudanças sociais, econômicas e políticas (Torres, 2014, p. 35).

Ao investigar as relações entre Estado e constituição financeira, Torres faz referência à teoria de Kelsen, segundo a qual o Direito e o Estado se coincidem, legitimando o Estado pela lei e pela Constituição, estabelecendo, assim, o Estado Constitucional de Direito. Conforme Torres: “No Estado Constitucional, todos os poderes e agentes do Estado estão limitados à Constituição, sujeitos ao controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos e judiciais, sob pena de qualquer desconformidade, seja formal ou material” (Torres, 2014, p. 74). A constituição financeira do Estado Democrático de Direito, além de afirmar valores como liberdade, democracia e dignidade humana, visa concretizar Direitos Fundamentais e promover o desenvolvimento por meio da intervenção na ordem econômica e social. Isso representa uma verdadeira mudança de paradigma, exigindo uma redescoberta e um aprimoramento do Direito Financeiro. Nessa toada, torna-se importante o conceito de transparéncia para Ricardo Lobo Torres:

A transparéncia é o melhor princípio para a superação das ambivalências da sociedade de risco. Só quando se desvenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos, é que se supera a insegurança. O mesmo raciocínio vale para os riscos fiscais. Só a transparéncia na atividade financeira e na conduta do cidadão pode superá-los (2011, p. 1359).

Portanto, a teoria da constituição financeira, segundo Torres, baseia-se em três pressupostos: a prevalência do Estado Democrático de Direito, os fins constitucionais como determinantes da constituição financeira e a abertura sistêmica dessa para a realidade, através da interconstitucionalidade⁸ com outras partes da Constituição. Heleno Taveira Torres destaca, com particular precisão, o alcance político do orçamento: “Após o sufrágio popular, o ‘orçamento público’ é ato constitucional dos mais representativos da democracia e da república, sem o qual o próprio Estado Constitucional restaria incompleto e desnaturado” (Torres, 2014, p. 346).

⁸ Esse fenômeno foi denominado por J. J. Canotilho (2008, 265-266) como um processo de transformação desde o século passado, em que houve preocupação com os novos desafios de um direito que transcendeu às fronteiras dos Estados para diversas ordens jurídicas.

Por fim, a constituição financeira não se limita às normas típicas de orçamento, despesas ou receitas públicas, mas se estende a todas as disposições constitucionais relacionadas à atividade financeira. Sua interpretação deve considerar a interconstitucionalidade, assegurando uma compreensão integrada que promova a realização efetiva dos direitos e das liberdades constitucionais. A complexidade do Estado e da sua atividade financeira, ao longo do último século, assumiu proporções nunca imaginadas.

O Direito, ao longo da história, tem mostrado uma natureza dual, atuando tanto como um instrumento de regulação e controle quanto de justiça moral. Essa complexidade reflete-se nas diferentes esferas em que o Direito opera: pública e privada, com a primeira enfatizando o interesse público e a segunda, os interesses particulares. A evolução dessas esferas, desde a Antiguidade grega e romana até os dias atuais, revela a constante busca por um equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos. A globalização, como discutido por Bauman, surge como uma força inexorável que remodela as economias nacionais e desafia a capacidade do Estado-nação de responder adequadamente aos problemas globais. Essa realidade é particularmente evidente na polarização das desigualdades sociais e na desestruturação de estruturas políticas e econômicas nacionais. Hachem observa que, apesar das tendências em direção a um Direito Administrativo Global ou Transnacional, é importante manter uma análise detalhada das especificidades de cada sistema jurídico nacional. Essa abordagem é importante para compreender como as mudanças na estrutura do Estado impactam o Direito Administrativo, especialmente no Brasil. Os desafios e as contradições abordados destacam a necessidade de um contínuo desenvolvimento teórico e prático no campo do Direito Administrativo. Essa necessidade se torna ainda mais evidente ao refletirmos sobre as consequências dessas tensões no dia a dia da Administração Pública e na efetivação dos Direitos Fundamentais. Diante desse cenário, é importante sintetizar as conclusões principais e apontar direções para futuras pesquisas e práticas jurídicas.

CONCLUSÃO

Neste estudo, analisamos a evolução e aplicação do Direito Público e Privado, destacando a relevância dos princípios de supremacia do interesse público e do Direito Administrativo Social nos Estados democráticos modernos. A transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito, especialmente após a Revolução Francesa, foi um marco importante que redefiniu as relações entre o Estado e os cidadãos, consolidando os Direitos Fundamentais e a justiça social como pilares de um Estado democrático. O neoconstitucionalismo, central para a adaptação das constituições às demandas contemporâneas, propõe uma interpretação dinâmica das normas

constitucionais, considerando princípios e valores sociais. Esse movimento teórico é relevante na medida em que permite uma adaptação mais sofisticada das normas jurídicas frente às mudanças sociais, políticas e econômicas.

Abordamos também a importância da constituição econômica e sua interação com o Direito, a Política e a Economia. As constituições liberais do século XVIII enfatizavam a preservação da ordem de mercado e a autonomia contratual, enquanto as Constituições Sociais do século XX buscavam transformar essa ordem para incluir preocupações com justiça social e bem-estar coletivo. A CRFB/1988 é um exemplo paradigmático dessa dualidade, ao romper com aspectos do regime militar anterior, mas ao mesmo tempo perpetuar certas estruturas econômicas e financeiras que limitam a concretização plena dos direitos sociais. Além disso, analisamos a complexidade da definição do interesse público na contemporaneidade, especialmente em um contexto pós-moderno caracterizado pela colonização do espaço público pelo privado. A fluidez conceitual do interesse público é um reflexo da pluralidade e flexibilidade da sociedade atual, exigindo uma abordagem crítica e reflexiva por parte dos juristas e legisladores. Nesse sentido, torna-se necessário reconhecer que a supremacia do interesse público não é um axioma absoluto, mas um princípio que deve ser ponderado à luz dos direitos subjetivos e das necessidades coletivas.

A reforma administrativa brasileira, especialmente após a CRFB/1988, foi discutida como um processo contínuo de adaptação das estruturas estatais às demandas contemporâneas. As reformas gerenciais dos anos 1990, por exemplo, refletiram uma tendência global de redução das atribuições do Estado, em um movimento conhecido como neoliberalismo. No entanto, o estudo defende a necessidade de uma Administração Pública inclusiva, que não apenas regule as relações entre o Estado e os cidadãos, mas que também promova ativamente a justiça social e a proteção dos Direitos Fundamentais. O papel dos tribunais na proteção dos Direitos Fundamentais, especialmente em um contexto de neoconstitucionalismo, foi outro aspecto destacado. A abordagem dinâmica na interpretação da Constituição assegura a efetividade desses direitos, garantindo que as normas jurídicas sejam continuamente adaptadas às realidades sociais.

A globalização impõe desafios específicos à Administração Pública, especialmente em relação à soberania nacional e à proteção dos interesses econômicos e sociais internos. Nesse contexto, a interconstitucionalidade surge como um conceito capaz de garantir que as normas jurídicas internas estejam alinhadas com os tratados e as convenções internacionais, sem comprometer a autonomia do Estado em promover o bem-estar social.

O estudo reafirma a necessidade de contínuo desenvolvimento teórico e prático no Direito Administrativo para responder aos desafios de uma sociedade em transformação. A analogia ao mito de Sísifo pode ser utilizada para ilustrar os desafios contínuos e repetitivos enfrentados pela

Administração Pública na busca por justiça social e proteção dos Direitos Fundamentais. Sísifo, uma figura da mitologia grega, foi condenado a empurrar uma rocha montanha acima, apenas para vê-la rolar de volta para baixo, repetindo essa tarefa *ad aeternum*. Nesse sentido, a Administração Pública é frequentemente confrontada com obstáculos que, mesmo quando superados, parecem retornar com novas formas e intensidades. A implementação de políticas públicas sólidas é uma tarefa desafiadora, que exige grandes esforços por parte dos gestores públicos e legisladores. A cada avanço na legislação ou na aplicação de normas, surgem novos desafios sociais, econômicos e políticos que requerem adaptação e reformulação de estratégias.

Assim como Sísifo persevera apesar da futilidade aparente de sua tarefa, a Administração Pública deve persistir na busca por soluções que promovam a justiça social e a proteção dos Direitos Fundamentais. Esse esforço constante é a chave para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, no qual os interesses coletivos são equilibrados com os direitos individuais. Embora os desafios possam parecer insuperáveis e os esforços frequentemente infrutíferos, a persistência é fulcral para alcançar progressos significativos. O Direito Administrativo, como um campo em constante evolução, precisa adaptar-se continuamente às novas realidades sociais, políticas e econômicas, enfrentando os “fardos” que surgem ao longo do caminho.

Derradeiramente, a metáfora de Sísifo serve como um lembrete acerca da natureza cíclica da Administração Pública e do Direito Administrativo. Ela ressalta a importância da perseverança, da adaptação e da reflexão crítica na busca contínua por um Estado que seja não apenas eficiente, mas também comprometido com a promoção do bem-estar coletivo e a proteção dos Direitos Fundamentais. Assim, a Administração Pública, como Sísifo, deve continuar a “empurrar a rocha”, mesmo sabendo que a tarefa nunca terá um fim definitivo, pois é através desse esforço contínuo que se pode construir uma sociedade mais justa e equitativa. Portanto, a evolução e aplicação do Direito, tanto público quanto privado, refletem uma busca contínua por justiça e equilíbrio em uma sociedade em constante transformação. A capacidade de adaptação e interpretação das normas jurídicas é relevante para assegurar que os princípios de supremacia do interesse público e os Direitos Fundamentais sejam efetivamente aplicados.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale dei diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica". *Boletim de Ciências Económicas*, v. XLIX, 2006.

CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Lei do Orçamento na Teoria da Lei. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, v. 2, 1979.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brancosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. Interesse Público Líquido e Pós-Modernidade: A Lógica do Individualismo e os Desafios do Estado Social no Século XXI. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: Transformações e Tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 375-389.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Kultur und kritik: verstreute aufsätze*. Frankfurt am Main: Surhkamp, 1973.

HACHEM, Daniel Wunder. Administração Pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o Direito Administrativo brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial. In: Thiago Marrara. (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 391-460.

LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. New York: Columbia University Press, 1982.

MARTONE, Celso L., Análise do Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG) (1964-1966) in Betty Mindlin LAFER (org.). *Planejamento no Brasil*, São Paulo, Perspectiva, 1970.

MELLLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor. Metodológico. *Revista de Direito Público*, v. 1, n. 2, p. 44-61, out./dez., 1967.

OLIVEIRA SALGADO, R.; SAMPAIO MASCARENHAS, F.; VINÍCIUS SILVA DE OLIVEIRA, M. A ação de classe especial como instrumento de soberania

econômica: uma análise do caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, [s. l.], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/58>. Acesso em: 29 jul. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Supervisora: Silvia Faber Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TORRES, Héleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

UNITED STATES. Education for All Handicapped Children Act of 1975. *Public Law No. 94-142*, EUA, 1975. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-89/pdf/STATUTE-89-Pg773.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2024.

WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de droit administratif*. 6. ed., Paris: Librerie Du Recueil Sirey, 1950.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 8. ed. [S.l.]: [s.n.], 1959.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Tradução de José Medina Echavarriá, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Márquez y José Ferrater Mora. 4. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

Recebido: 16/05/2023
Aprovado: 26/07/2023

O GREENWASH E O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL

GREENWASH AND THE RIGHT TO ENVIRONMENTAL INFORMATION

Martiane Jaques La Flor¹
Tainá Viana²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito à informação como tutela da sustentabilidade e do consumidor. 1.1. A falácia do desenvolvimento e consumo sustentáveis. 1.2. Direito à informação nas relações de consumo e ambientais. 2. Informações falsas por meio do *marketing* verde. 2.1. Publicidade ambiental enganosa: o *greenwashing*.

¹ Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos na Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direitos Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharela em Ciências Contábeis pela UFRGS e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

² Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Especialista em Direito e Prática Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos).

2.2. Diálogo entre Direito Ambiental e Direito do Consumidor. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A investigação trata sobre o *greenwashing* ou *marketing verde*, partindo da análise da sustentabilidade e adentrando na seara do direito fundamental à informação. Esse direito à informação é levado em confronto com as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), resultando em dois vieses: um originado do Direito do Consumidor e outro do Direito Ambiental. O método utilizado é o dedutivo, partindo da premissa de que, em um Estado Socioambiental de Direito, a informação ambiental deve ser clara e verdadeira para o consumidor, do contrário, estar-se-á frente ao *greenwashing*. O plano estrutural adotado é o plano francês, o qual divide o estudo em partes gerais, inicialmente sobre direito informação e, em segundo lugar, sobre o *marketing verde*, encontrando como solução, para fins de perfectibilização do Estado Socioambiental de Direito, um diálogo entre normas protetivas do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Diálogo de fontes. Estado Socioambiental de Direito. *Greenwashing*. Sustentabilidade.

ABSTRACT: The investigation deals with greenwashing or green marketing, starting from the analysis of sustainability and entering the area of the fundamental right to information. This right to information is confronted with the rules of the Consumer Defense Code, generated in two biases: one originating from Consumer Law and the other from Environmental Law. The method used is deductive, based on the premise that in a socio-environmental State of Law, environmental information must be clear and true for the consumer, otherwise it will face greenwashing. The structural plan adopted is the French plan, which divides the study into general parts, initially on the right to information and, secondly, on the green marketing, finding as a solution for the purposes of perfecting the Socio-Environmental Rule of Law, a dialogue between protective norms of Law Consumer and Environmental Law.

KEYWORDS: Consumer. Source dialogue. Socio-Environmental Rule of Law. Greenwashing. Sustainability.

INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado demonstra uma análise acerca do *greenwashing*. Pretende-se iniciar a discussão com análise da sustentabilidade adentrando no conceito do termo, atualmente tão em moda, que é o *greenwash* ou *greenwashing*, e a sua vinculação com o Direito Ambiental.

Para o enfrentamento do problema, 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, 2021, p. 106). Nessa premissa, tem-se que se o direito à informação ambiental é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, requisito para constituição do Estado Socioambiental de Direito. Então, a informação ambiental sobre produtos e serviços para o consumidor deve ser clara, verdadeira e de fácil acesso, sob pena de infringência das regras de tutela ambiental. Ocorre que o *marketing* verde (*greenwashing*), aquele que induz o consumidor em erro, sobre características de sustentabilidade, é tutelado apenas pelas normas do Direito do Consumidor. Assim, a norma ambiental que perfectibiliza o direito à informação ambiental, para fins de Estado Socioambiental de Direito, não está sendo aplicada na figura do *greenwashing*, requerendo-se, assim, um diálogo de normas para escorreita proteção jurídica.

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 do Direito à Informação como tutelas ambientais e do consumidor, e a segunda objetivando o aprofundamento do problema do *marketing* verde e o (des)necessário diálogo entre normas consumeristas e ambientais.

A preocupação ambiental não é algo novo. Em 1638, ou seja, no século XVII, já se objetivava a criação do Jardim Botânico do Novo Mundo, na cidade de Recife, em Pernambuco. Também há relatos da existência de 150 textos de 38 autores brasileiros, entre 1786 e 1888, que condenavam a destruição ambiental, para que fosse possível a sobrevivência da sociedade. O primeiro acordo ambiental mundial, entretanto, somente foi firmado em 1900: a Convenção para a Preservação de Animais, Pássaros e Peixes da África, a qual foi assinado pela Grã-Bretanha, França, Alemanha, Itália, Portugal e Congo (Bulhões, 2001, p. 19).

Os grandes movimentos começaram em finais da década de 1960 e 1970. Nos Estados Unidos, têm-se como referenciais o *National Environmental Policy Act*, de 1969, e a base da Agência de Proteção Ambiental Norte-Americana, de 1970, com objetivo de estabelecer uma política nacional do meio ambiente, equilibrando a produção com a preservação (Méo, 2017, p. 24).

Desse modo, analisaremos neste artigo, seguindo o sumário apresentado, as convergências e divergências existentes acerca do Direito à Informação quando relacionado ao Direito do Consumidor e ao Direito Ambiental.

1. DIREITO À INFORMAÇÃO COMO TUTELA DA SUSTENTABILIDADE E DO CONSUMIDOR

O termo “sustentabilidade” surgiu, em 1560, da palavra alemã *Nachhaltigkeit*, cuja preocupação, na época, era com o consumo racional das florestas e sua possibilidade de regeneração (Boff, 2015, p. 33). Tal palavra hoje assumiu amplo espectro e consagra diversos valores sob o termo “sustentabilidade”.

A sustentabilidade, embora pertença ao ramo do Direito Ambiental, permeia todos os demais ramos, com destaque para o Direito do Consumidor, e deve ser desatrelada do “desenvolvimento”, muito embora o relatório de *Brundtland ou Nossa futuro comum* (1991, s.p.)³ tenha conectado o desenvolvimento sustentável ao crescimento econômico, ou seja, o meio ambiente assumia uma postura utilitarista unicamente para gozo do ser humano.

Nesse passo, desenvolveu-se o conceito do *Triple Bottom Line*, ou tripé da sustentabilidade, reconhecendo três dimensões ou pilares da sustentabilidade representados pelas facetas ambientais: do planeta, social; das pessoas e econômica; dos lucros (os denominados 3P: *People, Planet and Profit*). Isso significa que deve haver uma harmonia entre o fator econômico, o social e o ambiental.

Ao passo que a sustentabilidade requer atitude colaborativa da sociedade e dos entes públicos, em uma intenção de preservação ambiental, as figuras do consumidor e do fornecedor destacam-se no grande grupo “sociedade”. Assim, é consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º do CDC), sendo fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despessoalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, e produto, “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º, § 1º do CDC).

No tópico seguinte, veremos os motivos pelos quais o desenvolvimento de um consumo sustentável pode ser considerado um fracasso.

³ “O conceito de desenvolvimento sustentável tem, é claro, limites – não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social, no tocante aos recursos ambientais, e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos da atividade humana. Mas tanto a tecnologia quanto a organização social podem ser geridas e aprimoradas a fim de proporcionar uma nova era de crescimento econômico” (Brundtland, 1991, s.p.).

1.1. A falácia do desenvolvimento e consumo sustentáveis

O termo “sustentável”, até o final dos anos 1970, significava que certo ecossistema não perdia sua resiliência frente às agressões humanas. Uma década depois, tal expressão passou a ser utilizada como suporte para o desenvolvimento, justificando medidas não amigas do meio ambiente sob a escusa de serem sustentáveis (Veiga, 2011, p. 11-12).

Alinhando-se ao pensamento de Boff (2011, p. 27) ““sustentabilidade” é, em termos ecológicos, tudo o que a Terra faz para que um ecossistema não decaia e se arruine”. Persiste a dificuldade em se conceituar “sustentabilidade”; contudo, o grande desafio é apartar conceitos doutrinários de linhas de pesquisa e interesses divergentes: a economia e a biologia, pois:

Desenvolvimento e sustentabilidade obedecem a lógicas diferentes e que se contrapõem. O desenvolvimento, como vimos, é linear, deve ser crescente, supondo a exploração da natureza, gerando profundas desigualdades – riqueza de um lado e pobreza do outro – e privilegia a acumulação individual. Portanto, é um termo que vem do campo da economia política industrialista/capitalista. A categoria sustentabilidade, ao contrário, provém do âmbito da biologia e da ecologia, cuja lógica é circular e includente. Representa a tendência dos ecossistemas ao equilíbrio dinâmico, à cooperação e à coevolução, e responde pelas interdependências de todos com todos, garantindo a inclusão de cada um, até dos mais fracos (Boff, 2015, p. 40).

Ocorre que houve uma apropriação do termo para mascarar a economia de mercado, caracterizada pelo hiperconsumo, com exploração do trabalho e da natureza em prol de um lucro desmedido. E, nesse contexto de um desenvolvimento sustentável, passou-se a defender um consumo sustentável⁴, que nada mais é que consumir, com respeito, os recursos naturais, numa lógica de solidariedade às futuras gerações, com escolhas de produtos que utilizem menos recursos naturais na sua produção, com remuneração adequada da mão de obra e com possibilidade de reciclagem. Em resumo, é quando são feitas escolhas conscientes, com intenção sustentável.

O poder está nas mãos do consumidor, que é quem detém a atitude de consumir sustentavelmente, vislumbrando não somente a aquisição simples de um produto, mas toda a cadeia que está por trás na sua produção e toda a cadeia que estará na frente no seu descarte, quando da sua deterioração.

⁴ Há quem diferencie consumo verde de consumo sustentável. “A proposta do consumo verde é de que, se o consumidor passasse a ter acesso a informações mais específicas quanto à produção e composição do produto – por exemplo, através de uma rotulagem mais abrangente – seria possível criar uma consciência ambiental, favorecendo o consumo do que menos agride o ambiente e, consequentemente, induzindo a indústria a produzir mais esse tipo de bem”; já o consumo sustentável “foca mais em ações coletivas e mudanças de políticas públicas e institucionais” (Pasqualotto; Sartori, 2017, p. 193).

A mudança de atitude do consumidor força o fornecedor a se adequar para atendê-lo.⁵ Então, para que, de fato, o poder esteja na mão dos consumidores, mediante uma atitude consciente, não pode faltar informação.

O consumo sustentável coloca em voga o interesse comum, em detrimento do interesse pessoal na satisfação de aquisição de determinado bem ou serviço pelo consumidor. Desse modo, um dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)⁶ é o “Consumo e produção responsáveis” na forma de “garantir padrões de consumo e de produção sustentáveis” (Nações Unidas Brasil, 2021, s.p.).

A Agenda 21 Global, promovida pela ONU, que é um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, por meio de métodos de incentivos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica, divulgada na Rio 92 (ou também denominada Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento),⁷ trouxe um capítulo dedicado à mudança dos padrões de consumo (capítulo 4), em que se recomendou que:

Os Governos e as organizações do setor privado promovesssem a adoção de atitudes mais positivas em relação ao consumo sustentável por meio da educação, de programas de esclarecimento do público e outros meios, como *publicidade* positiva de produtos e serviços que utilizem tecnologias ambientalmente saudáveis ou estímulo a padrões sustentáveis de produção e consumo (Brasil, 2022, s.p., grifou-se).

Quiçá a recomendação do capítulo 4 tenha incentivado a onda crescente de publicidade ambiental em produtos e serviços oferecidos aos consumidores. Ocorre que muitas dessas publicidades não são verdadeiras, servindo como *marketing* verde ao engano do consumidor.

Em relação à sustentabilidade, adota-se a posição de que é expressão apartada do desenvolvimento. Não se pode falar em desenvolvimento conjunto com sustentabilidade, na etimologia empregada àquele termo, com evocação do PIB e da ideia de acumular para consumir cada vez mais.

⁵ Um exemplo é o aumento do consumo vegano, o que fez com que diversas empresas que utilizam produtos de origem animal se adaptassem ao novo e crescente estilo de vida. “Essa mudança no comportamento do consumidor fez com que empresas de alimentos adotassem linhas inteiras voltadas aos segmentos ‘plant-based’ sem carne e sem origem animal e ainda buscassem por certificações que validassem que o processo produtivo da marca está de acordo com os valores do movimento” (Editora Gazeta, 2021, s.p.).

⁶ Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima, e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e prosperidade (Nações Unidas Brasil, 2022, s.p.).

⁷ Foram aprovados quatro documentos na Rio-92, quais sejam, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre Mudanças Climáticas, a Convenção da Biodiversidade e a Agenda 21.

As mazelas do PIB têm sido severamente criticadas, principalmente por ele só abranger atividades mercantis e ignorar a depreciação de recursos naturais e humanos. O que justamente provocou o atual processo de busca por alterações e extensões, com o objetivo de transformá-lo em indicador de prosperidade sustentável, mediante correções de cálculo, frequentemente, chamadas de ‘PIB verde’ (Gomes, 2012, p. 118).

A revolução científica conceituou a natureza como uma máquina e a razão humana como superior aos processos oriundos dessa natureza, sendo que as necessidades somente são atendidas quando se adquire bens e serviços no mercado (Capra; Mattei, 2018, p. 239; 241).

Nesse constructo ideológico, não se pode falar em consumo sustentável quando se adquire muito mais do que se necessita, obedecendo a uma lógica de capitalização e ostentação. Portanto, “Consumir não visa mais ao atendimento das necessidades e ao exaurimento da funcionalidade do produto em si”, a demanda se sintetiza na busca incansável de promoção e garantia de status, diferenciação social e construção de uma identidade (Filla, 2018, p. 1).

A sociedade do hiperconsumo, marcada pelo infinito desejo de consumir e com obsolescência programada, incentivou o *marketing* a se apropriar das emoções, já que o ato de consumir ganhou novo significado, saindo do consumo ostentatório, que buscava a diferenciação social, para o consumo experimental ou emocional, na busca de prazeres imediatos (Filla, 2018, p. 2).

Nesse desiderato, consumidores justificam o consumo supérfluo sob o pretexto de terem sido realizados com materiais reciclados, ou com baixo consumo de energia e água, ou mesmo porque houve reflorestamento em algum lugar do planeta como forma de compensar as emissões de CO₂. Claro, isso é um problema, entretanto, um problema ainda maior⁸ se apresenta quando empresas divulgam que práticas sustentáveis são empregadas, enquanto isso é uma verdadeira, induzindo o consumidor em erro. Assim, no tópico a seguir, veremos o quanto o direito à informação necessita estar ligado às relações de consumo e ambientais.

1.2. Direito à informação nas relações de consumo e ambientais

Prefacialmente, lembra-se que a vulnerabilidade,⁹ que é uma condição de debilidade de um dos sujeitos da relação de consumo, requer um tratamento

⁸ “[...] a veracidade é talvez o elemento mais importante, pois a informação falsa prejudica o consumidor [...] sob o aspecto da supressão de sua autodeterminação [...]” (Hartman, 2009, p. 217).

⁹ “O princípio da vulnerabilidade é um traço inerente a todo consumidor de acordo com o art. 4º, inciso I do CDC. Já a hipossuficiência é uma marca pessoal de cada consumidor que deve ser auferida pelo juiz no caso concreto, tendo em vista o art. 6º, inciso VIII do CDC que assim dispõe: São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Portanto, é errônea a utilização dos termos como sinônimos, já que se assim o fosse, todo consumidor teria direito à inversão do ônus da prova” (Duarte, 2013, s.p.).

diferenciado para a parte mais frágil, em prol da igualdade material. Em relação ao consumidor, essa fragilidade se expressa em quatro tipos: técnica, jurídica, fática e informacional (Marques, 2011, p. 323-324).

Nesse espaço de reflexão, a vulnerabilidade informacional assume realce, pois surge da falta de informações, de informações incorretas, ou mesmo de excesso de informações desnecessárias destinadas ao consumidor (Moraes, 2009, p. 142).

A exposição de motivos do CDC (1989, p. 1663), tomando por base a Resolução n. 39/248 de 16 de abril de 1985 da ONU, já defendia “o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um” (La Flor, 2015, p. 174), demonstrando que isso não é uma discussão pioneira na esfera do Direito do Consumidor, mas que assume uma feição ecológica quando em compasso com o tema da sustentabilidade ambiental.

Nesse desiderato, infere-se que a informação, além de direito do consumidor, é um direito fundamental, espalhando-se inclusive sobre o Direito Ambiental: não há como se falar em sustentabilidade sem informação ambiental adequada.

Desse modo, a decisão de informar é a de passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro (Marques, 2011, p. 336-337), ou seja, quem detém a informação é o fornecedor, que pode, a seu interesse, divulgar somente o que lhe convém. Assim, a crise ambiental é também uma crise social e econômica, uma dominação de poder com manipulação de conhecimento ou saberes, o que reforça o imperativo de uma epistemologia sistemática da sustentabilidade (La Flor, 2022, p. 40).

O direito à informação é um direito fundamental (artigo 5º, inciso XIV, CF/88), sobrevoando todas as relações do indivíduo, tanto para o Direito do Consumidor, em que o reconhece como um direito básico, impondo “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, II, CDC), quanto para o Direito Ambiental, que o vislumbra como direito fundamental socioambiental.

Nas relações de consumo, o direito à informação decorre do princípio da boa-fé objetiva,¹⁰ que advoga uma conduta baseada na lealdade e probidade. O Código de Defesa do Consumidor elenca várias características que devem revestir a informação: clara, correta, completa, verdadeira, adequada e útil (art. 12, 14, 18, 20, 30-34, 46, 48, 52 e 54 do CDC).

No Direito Ambiental, o direito à informação (que também é princípio e dever fundamental) está umbilicalmente ligado à democracia, à

¹⁰ “[...] informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar ‘comum’ o que era sabido apenas por um” (Marques, 2011, p. 772).

responsabilidade intergeracional e à sustentabilidade (La Flor, 2022, p. 11). Informações socioambientais idôneas e acessíveis aos consumidores geram controle externo dos fornecedores, possibilitando a democracia, por meio da participação social.¹¹

A informação ambiental promove a consciência ambiental, a socialização do manejo adequado dos recursos e uma visão cooperativa com o todo, da teia da vida que nos rodeia. “Para recuperar nossa plena humanidade, temos de recuperar nossa experiência de conexidade com toda a teia da vida. Essa reconexão, ou religião, *religio* em latim, é a própria essência do alicerçamento espiritual da ecologia profunda” (Capra, 1996, p. 23).

Portanto, entende-se que a informação ambiental é pressuposta de um Estado Socioambiental de Direito e possui facetas: a prerrogativa de ser informado inclui o direito de acesso à informação (ter acesso à informação) e diverge da liberdade de informação, que se trata do direito de informar. Aquele, em verdade, está contido nesta (Sarlet; Mitidiero, 2021, p. 241).

As consequências da crise ambiental são sentidas em âmbito global, atingindo o planeta como um todo, numa perfeita conexão das partes com o integral. Nesse desiderato, percebe-se o direito à informação como um direito social fundamental supranacional (Pierobon, 2007, p. 1), pois seu interesse transborda o Estado-nação.

Ao passo que a preservação do meio ambiente é norma expressa no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), exsurge um dever fundamental de informação ambiental, típico dos direitos de solidariedade¹² e um princípio, pois as normas de direitos fundamentais assumem condição díplice de princípios e regras (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2021, p. 118; 155).

Somente por meio de informação ambiental haverá escolhas sustentáveis e cobrança popular sobre gerenciamento ambiental. Ademais, não se pode falar em educação ambiental sem implantação de políticas públicas que assegurem o direito/dever/princípio da informação ambiental. Conclui-se, assim, que a informação fidedigna, de fácil acesso e clara é condição para a tutela do consumidor e do meio ambiente.

2. INFORMAÇÕES FALSAS POR MEIO DO MARKETING VERDE

O art. 37 do CDC reconhece dois tipos de publicidades ilícitas (vedadas conforme art. 6º, IV, CDC): a enganosa e a abusiva. A enganosa consiste em qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa ou, por qualquer outro modo, mesmo por

11 “O acesso à informação fortalece e efetiva o princípio democrático” (Bermudez Soto, 2010, s.p. tradução livre).

12 Nabais traz a designação de “direitos boomerang” ou de “direitos com efeito boomerang” aos direitos ecológicos, pois ora são direitos ora são deveres (Nabais, 1998, p. 53).

omissão (quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço), capaz de induzir em erro o consumidor a respeito de natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (art. 37, § 1º e 3º, CDC). Uma espécie do gênero publicidade enganosa é o *greenwashing*.

A história do *marketing* está interligada à história do consumidor, bem como a da publicidade está entrelaçada com o desenvolvimento da economia (Pasqualotto, 1997, p. 31). Além disso, uma das normas que limita a atividade econômica é a defesa do meio ambiente, entretanto, o Poder Judiciário tem, majoritariamente, considerado a divulgação de informações enganosas, fraudulentas ou errôneas sobre o meio ambiente passível de controle somente quando violam o Direito do Consumidor (Brito; Gonçalves-Dias, 2021, p. 101).

2.1. Publicidade ambiental enganosa: o *greenwashing*

O *greenwashing*, ou também denominado maquiagem ou lavagem verde (ou mesmo ambiental), são estratégias de *marketing* utilizadas por empresas para induzir os consumidores por meio de expressões como: “amigo do meio ambiente”, “produto verde”, “produto sustentável”, “ecologicamente correto” etc.

Entende-se por maquiagem verde a propaganda utilizada por uma organização ou empresa com o objetivo de prover imagem ecologicamente responsável de seus produtos ou serviços, que não condizem com a realidade, induzindo o consumidor a falsas conclusões (Brasil, 2012, s.p.).

A etimologia vem do inglês, do termo “*green*”, que significa verde, e “*wash*”, que significa banho, o que se resume em dar um banho de tinta verde para aparentar um falso aspecto ecológico (Pagotto, 2013, p. 44). Tal termo começou a ser utilizado pelo biólogo Jay Westerveld em 1986, criticando a indústria hoteleira de promover o reuso de toalhas para preservar o meio ambiente, enquanto observava uma política ambiental pobre em outros setores da empresa. Contudo, somente em 1996 a expressão se tornou popular, com a publicação do livro *Greenwash: The Reality Behind Corporate Environmentalism* (Correa; Machado; Junior, 2018, p. 591).

Os erros ou pecados mais comuns na veiculação de informes ambientais são classificados nas seguintes categorias: a) O pecado do custo ambiental camuflado (*the sin of the hidden trade off*) ocorre quando se chama a atenção a um atributo do ciclo do produto que seja ambientalmente benéfico, mas se escondem os demais impactos prejudiciais que ocorreram ao meio ambiente; b) O pecado da ausência de prova (*sin of no proof*) é o apelo ambiental que

não pode ser sustentado em dados; c) O pecado do culto a falsos rótulos (*sin of worshiping false labels*) é uma falsa rotulagem, dando a impressão de que é endossado por um terceiro, o qual não possui certificação; d) O pecado da irrelevância (*sin of irrelevance*) quando a informação é sem importância, embora possa ser verdadeira, para se diferenciar dos demais; e) O pecado do “menos pior” (*sin of lesser of two evils*) procura chamar a atenção a um diferencial do produto, dentre os da categoria, entretanto todo o resto de sua cadeia é prejudicial; f) O pecado da mentira (*sin of fibbing*) aparece quando o apelo ambiental é falso; g) O pecado da incerteza (*the sin of vagueness*) ocorre quando há vagueza, com o objetivo de confundir o consumidor (Pfeiffer, 2011, p. 51).

Pagotto (2013, p. 76) sistematizou as características dos elementos que envolvem o greenwashing (pressupostos metateóricos) em quatro dimensões: discursividade, estética, ações e portfólio da organização São divulgações seletivas que a empresa escolhe para que, assim, pareça sustentável,¹³ conforme Tabela 1 a seguir:

Tabela 1 – Greenwashing em quatro dimensões

Pressupostos	Manifestação	Bruno e Karliner, 2002	Gillspie, 2008	Pearse, 2012
Discursividade: o que a organização diz	Manipular o discurso ambientalista com exageros, afirmações irrelevantes, genéricas ou pretensões irrealis	•	•	•
	Omitir impactos ambientais negativos da operação de seu negócio, destacando apenas os positivos.	•		
	Mentir, usar dados falsos, fazer afirmações que distorcem a realidade ou que não podem ser provadas.		•	
	Utilizar jargão técnico incompreensível		•	

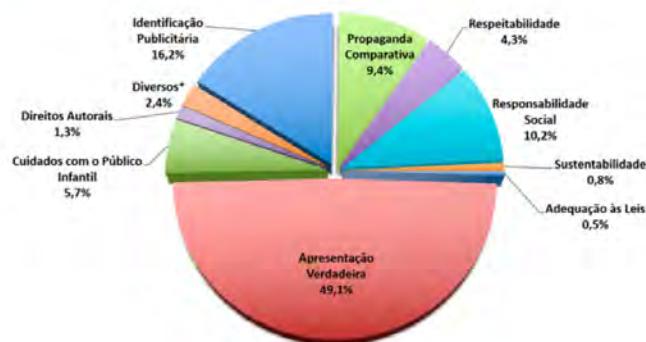
13 “A literatura sobre greenwashing corporativo tende a ser mais teórica do que empírica por natureza e foca mais em suas consequências do que em sua mensuração. No entanto, tanto por razões sociais (informações para as partes interessadas) quanto científicas (a operacionalização do conceito em estudos empíricos), é importante avançar na identificação e medição do greenwashing” (Chanson; Tite, 2018, p. 77, tradução livre).

Estética: o que a organização mostra	Usar imagens, sons ou vídeos ambientais sedutores.	●	●	●
	Omitir imagens da operação dos negócios.	●		
	Destacar parceiros que compartilham compromissos ecológicos.		●	●
	Utilizar uma identidade visual ambientalista	●	●	●
Ações: o que a organização faz	Desviar atenção para projetos socioambientais paralelos.	●		●
	Tratar obrigações legais como investimentos em meio ambiente.	●		
	Alegar custo excessivo de medidas ecologicamente mais corretas.	●		
	Evitar intervenções externas alegando re resolverão o problema sozinhos.	●		
Portfolio: o que e como a organização vende	Infiltrar-se na comunidade ambientalista	●	●	●
	Incentivar clientes a contribuírem, estimular a propositura de novas formas de tornar a empresa mais “verde”.	●		
	Vender produtos “ecológicos” que fazem mal às pessoas ou ao meio ambiente	●	●	●
	Anunciar produtos “verdes” com celebridades			●
	Criar eco-lojas.			●

Fonte: Pagotto (2013, p. 76).

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) demonstrou estatisticamente os números de denúncias do ano de 2021. Embora não seja plenamente possível afirmar o número exato de denúncias sobre *marketing verde*, no mínimo serão de 1,7%, já que tratam de “sustentabilidade” (Figura 1).

Figura 1 – Denúncias no CONAR em 2021
Processos Instaurados em 2021 (Questionamentos)



Total de Processos Instaurados: 286

Cada caso pode ter mais de um enquadramento * Depreciação de imagem; discriminação; estímulo a excessos; excesso em mídia-exterior; identificação publicitária; indução a atividade ilegal; indução a violência; leal concorrência; ofensa à dignidade; padrões de decência; proteção e uso de marcas de terceiros; proteção à intimidade; publicidade de serviços de saúde; segurança e acidentes

Fonte: CONAR (2021).

Figura 2 – Denúncias no CONAR em 2021
Processos Instaurados em 2021 (Queixa de Consumidores)



Total de Processos Instaurados por queixa de consumidores: 183

Cada caso pode ter mais de um enquadramento* Discriminação; estímulo a excessos; identificação publicitária; indução a atividade ilegal; indução a violência; padrões de decência; preconceito; proteção à intimidade; segurança e acidentes

Fonte: CONAR (2021).

O meio transmissor mais utilizado em 2020 foi a internet, representando 73,5% do total da amostra. Quanto às denúncias envolvendo sustentabilidade, houve aumento em 2021, comparativamente a 2020, numa escala de 0,4%, e o percentual do meio transmissor internet se manteve estável, no valor de 73,8%.

Muitos selos ou certificações não possuem controle, o que acaba dando pouca credibilidade à sua aquisição e pode induzir o consumidor em erro. Em âmbito global, a mais conhecida é a ISO (*International Organization for Standardization*). No Brasil, não há obrigatoriedade de rotulagem ambiental. Ela pode ocorrer de maneira indireta quando disser respeito à saúde dos consumidores, como, por exemplo, em alimentos geneticamente modificados.

Veja que a rotulagem ambiental é voluntária e tem por intuito captar mais “clientes”, que são os consumidores abertos à sustentabilidade. Contudo, o que se pretende enfatizar neste trabalho é a necessidade de informação ambiental, direito fundamental, que decorre dos microssistemas dos direitos do consumidor e ambiental.

É evidente que a rotulagem que cumpre com os princípios da transparência e veracidade gera credibilidade ao mercado, beneficiando a própria concorrência, trazendo valor agregado ao produto; entretanto, o controle não tem como ser feito pelo próprio consumidor.

Frisa-se, por fim, que somente se tem liberdade quando se tem informação, portanto, negar isso ao consumidor é tolher-lhe a liberdade de escolhas de produtos com menores impactos socioambientais em defesa da sustentabilidade.

2.2. Diálogo entre Direito Ambiental e Direito do Consumidor

De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, o direito à informação é norma expressa constitucionalmente (artigo 5º, XIV). Em específico, o Direito do Consumidor encontra seu fundamento também na regra de defesa do consumidor (inciso XXXII, do mesmo artigo), combinado com a legislação infraconstitucional, com ênfase nos artigos 6º, II e III e 31 do CDC. Outrossim, fundamenta-se pelo princípio da boa-fé objetiva e pela função social da empresa e, consequentemente, pela função social da propriedade econômica (art. 170, incisos III, IV e V da Constituição Federal de 1988).

Na legislação infraconstitucional, a Lei n. 6.404, de 15 de setembro de 1976 (art. 116 e 154), já defendia essa função social da empresa, e, mais recentemente, o Código Civil, exigindo lealdade no contratar (art. 421).

De outro lado, o mesmo artigo 170, em seu inciso VI, da Constituição Federal de 1988, ressalta a obrigatoriedade de respeito à proteção ambiental na “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado

conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (Brasil, 1988), norma que se expressa junto às empresas fornecedoras de produtos e serviços, culminando no cumprimento da regra do art. 225 da mesma Constituição.

Partindo da premissa de que há obrigatoriedade de divulgação escorreita por parte do fornecedor, em decorrência das normas consumeristas e, iniciando o debate de que o direito à informação ambiental é direito socioambiental fundamental em defesa da sustentabilidade, o resultado é que as normas se complementam com o fim de maior resguardo e proteção.

Segundo Erik Jayme, para se ter um sistema justo e eficiente diante do pluralismo pós-moderno de fontes legislativas, há a necessidade de coordenação entre as leis, abandonando os antigos critérios de resolução de conflito de leis no tempo, quais sejam: anterioridade, especialidade e hierarquia, os quais o professor denominou de monossolução, substituindo-os pela coerência, complementação, ou também denominada subsidiariedade, e adaptação.

A coerência é uma nova hierarquia e é dada pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos; a subsidiariedade (complementação) seria o que denominávamos de especialidade e se constitui da complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas com tempo e ordem nessa aplicação, primeiro a mais valorativa, depois no que couber as demais; a nova anterioridade é batizada de “adaptação”, que não se relaciona com o tempo de promulgação, mas, sim, com a necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador (Marques, 2012, p. 31).

Nesse compasso, o diálogo não é só possível como necessário, pois permite a aplicação de duas ou mais normas, de forma subsidiária ou mesmo à escolha da parte para fazer valer o seu direito. Destarte, até mesmo a anulação de negócio jurídico por erro ou dolo do fornecedor que ocultou informação ambiental ao qual foi determinante para a escolha do consumidor será tangível.

Portanto, um diálogo das normas inscritas na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, protetivas do consumidor e do meio ambiente, fazem jus a um diálogo, criando uma tutela completa do meio ambiente para fins de perfectibilização do Estado Socioambiental de Direito, por meio do consumidor, o qual também carece de atenção especial protetiva em decorrência da sua vulnerabilidade.

Então, a rotulagem ambiental já se faz obrigatória, prescindindo de regra específica, pois o diálogo com o direito à informação ambiental a justifica. Informações ambientais são necessárias para fins de Direito Ambiental, em qualquer relação que se apresente, ainda mais na de consumo, para que, assim, não se tolhe a liberdade do consumidor.

Percebe-se, nada obstante, uma necessária regulamentação e controle público das divulgações, ora para testá-las como verídicas, ora para prová-las

como eficazes. Eficaz no sentido de que divulgar que são “galinhas livres de jaula”¹⁴ não remete necessariamente a galinhas soltas e com respeito e bem-estar animal. Políticas públicas e controle desse tipo de divulgação, que, embora “verdadeira”, já que as galinhas, de fato, não estão em jaulas, mascaram a realidade de árduo e perverso sofrimento à margem da tutela ambiental.

Nesse cenário de aceitação de diálogo, prescinde-se de normas específicas, tanto para exigir-se a rotulagem quanto para a punição civil por violação ambiental por meio do *greenwashing*, entretanto, punição penal, à qual é vedada analogia, clama por regulamentação.

O diálogo de normas aqui exposto, embora de grande êxito e valia, é apenas um meio de se promover a sustentabilidade, que requer, antes e acima de tudo, uma consciência ambiental ou, como afirma Leff (2013, p. 2269), uma racionalidade ambiental, que se dispa dos critérios impostos pelo capitalismo, do hiperconsumo, da apropriação da mão de obra e da exploração da natureza, para a reapropriação da natureza, numa ética de cuidado, com responsabilidade pelo outro e promoção de valores num novo projeto político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste pequeno espaço de estudo, foi possível verificar que não há, no Brasil, um regramento sobre rotulagem ambiental. Todavia, por meio do método do diálogo das fontes, é possível impor aos fornecedores tal obrigação.

Assimilaram-se duas facetas ao direito à informação, que é um direito fundamental, constitucionalmente prescrito: uma ambiental e outra consumerista. Ao passo que se vislumbrou, mediante o direito à informação ambiental, a tutela do meio ambiente, percebeu-se a falácia de um possível “desenvolvimento” sustentável, encarando os dois termos como contraditórios e incompatíveis, na linha de pensamento de Boff.

Reconheceu-se o direito à informação como direito básico do consumidor e como direito fundamental socioambiental, requisito para a sustentabilidade. Nesse cenário, foi verificada a crescente onda de *marketing* verde, ou *greenwashing*, típica propaganda enganosa, proibida pela legislação pátria consumerista.

A legislação brasileira não possui regra específica para a vedação da prática do *greenwashing*, valendo-se da norma que veda propaganda enganosa, o que se reflete nas produções do Poder Judiciário, que somente controla tais atos quando violam direitos do consumidor. Ocorre que, pelo método

¹⁴ “Quando a embalagem esconde a realidade: choques, maus-tratos e fraudes na vida das galinhas ‘livres de gaiola’. Por trás de imagens de galinhas passeando no campo, uma história de condições duvidosas de bem-estar animal e violações trabalhistas em série” (Pomar, 2020, s.p.).

do diálogo das fontes, a rotulagem que é tida voluntariamente torna-se obrigatória, e as sanções civis ambientais são apropriadas ao fornecedor que divulgou informações falsas como *marketing* verde.

Contudo, políticas públicas de controle são necessárias para que se teste a veracidade e eficácia das publicidades das empresas. Portanto, faz-se importante um diálogo das normas inscritas na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, protetivas do consumidor e do meio ambiente, criando uma tutela completa do meio ambiente para fins de Estado Socioambiental de Direito, o que, entretanto, não é suficiente para a sustentabilidade, somente adquirida por meio de uma racionalidade ambiental.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. *Projeto de Lei 4.752, de 2012*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegrar?sessionid=44DE42AA6F2A6935F7D71EDEB8E393FB.node1?codteor=1053681&filename=Avulso+-PL+4752/2012. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Responsabilidade Socioambiental*. [S.l.]: MMA, [s.d.]. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/606.html>. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL N° 1.087.225 - RJ (2008/0190129-0). Rel. Sidnei Beneti, terceira turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 fev. 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=11479091&tipo=51&nreg=200801901290&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120215&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 maio 2022.

BRITO, Ana Carolina Ferreira de Melo; GONÇALVES-DIAS, Sylmara Lopes Francelino. Como o direito brasileiro encara o greenwashing? *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 11, n. 3, p. 79-104, set/dez. 2021. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/issue/view/Revista%20Direito%20Ambiental%20e%20Sociedade%20%E2%80%93%20RDAS%20%7C%20v.%2011%2C%20n.%203/showToc>. Acesso em: 3 abr. 2022.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1991.

BULHÕES, Flavia Muradas. *A Certificação ambiental de produtos agrícolas e florestais: diferentes trajetórias da relação entre ambiente e mercado*. Dissertação (Mestrado em Extensão Rural) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, 2001. Disponível em <http://www.celso-foelkel.com.br/artigos/ufsm/F1%20Muradas%20Bulh%20F5es.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Pensamento Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Trad. Jeferson Luiza Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CHANSON, Guillaume; TITE, Thrycia. Le contrôle RSE des fournisseurs: entre « greenwashing » et effort réel d'une firme pivot. Le cas VEOLIA. *Recherches en Sciences de Gestion*, s.l., n. 128, p. 59-80, maio 2018. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-recherches-en-sciences-de-gestion-2018-5-page-59.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR. *Decisões-estatísticas 2021 e 2020*. [S.l.]: CONAR, 2021. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 4 jun. 2022.

CORREA, C. M.; MACHADO, J. de C. F., & JUNIOR, S. S. B. A Relação do Greenwashing com a Reputação da Marca e a Desconfiança do Consumidor. *Revista Brasileira de Marketing*, n. 17, 2018, p. 590-602.

DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira; BRITO, Alírio Maciel Lima de. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-vulnerabilidade-e-defesa-do-consumidor-no-direito-brasileiro-origem-e-conseq>. Acesso em: 3 jun. 2022.

EDITORA GAZETA. *Aumento de consumo vegetariano e vegano muda posicionamento de empresas de alimentos*. [S.l.]: Editora Gazeta, 2021. Disponível em: <https://www.editoragazeta.com.br/aumento-de-consumo-vegetariano-e-vegano-muda-posicionamento-de-empresas-de-alimentos/>. Acesso em: 3 jun. 2022.

FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 499-549, jul./ago. 2018.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Dissertação (Doutoramento em Ciência Jurídico-Políticas – Direito Administrativo), Lisboa, 2007. E-book. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modifica%C3%A7%C3%A3o.pdf?fbclid=IwAR18ELzF614GRHDXLAdj8YlJ8zWWwmuUNDzc7iny-Ym7xvRQMzWHNLZpynQ>. Acesso em: 30 maio 2022.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no Direito do Consumidor: dever de informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v.18, n. 70, p. 172-235, abr./jun. 2009.

LA FLOR, Martiane Jaques. *Princípio da Informação Ambiental Sustentável e o Registro de Imóveis*. Brasília, DF: Editora Feraz, 2022, p. 174-175. E-book.

LA FLOR, Martiane Jaques. Sociedade pós-moderna: informação no consumo alternativo. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Porto Alegre, v. 1, n. 21, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Metodologia científica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LEFF, Enrique. *Racionalidad ambiental- la reappropriación social de la naturaleza*. Mexico: Siglo XXI Editores; S.A. DE C. V, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, Parte I, p. 17-66.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6.ed, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MÉO, Letícia Caroline. *O greenwashing como problema do sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19727/2/Let%c3%adcia%20Caroline%20M%c3%a9o.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12: Consumo e produção responsáveis*. [S.l.]: UN Brasil, [s.d.]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/12>. Acesso em: 29 maio 2022.

PAGOTTO, Erico Luciano. *Greenwashing*: os conflitos éticos da propaganda ambiental. Dissertação de Mestrado. EACH-USP, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/100/100134/tde-22072013-141652/publico/DissertacaoFinal.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigatoriais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação (Mestre em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; SARTORI, Paola Mondardo. Consumo sustentável: limites e possibilidades das práticas de consumo no contexto nacional. *Revista de Direito Ambiental*, v. 85, p. 191-216, jan./mar., 2017.

PFEIFFER, Maria da Conceição Maranhão. *Direito à Informação e ao consumo sustentável*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-10092012-162142/pt-br.php. Acesso em: 3 jun. 2022.

PIEROBON, lberto. *Il Diritto Di Informazione e Di Accesso Ambientale*. Leggi D'Italia Legale. Giur. It., (nota a sentenza). Milano (IT): Wolters Kluwer Italia SRL, 2007, p.1

POMAR, Marcos Hermanson. *Quando a embalagem esconde a realidade: choques, maus-tratos e fraudes na vida das galinhas “livres de gaiola”*. [S.l.]: Joio e o Trigo, 17 jun, 2020. Disponível em: <https://ojoioeotrigo.com.br/2020/06/quando-a-embalagem-esconde-a-realidade-choques-maus-tratos-e-fraudes-na-vida-das-galinhas-livres-de-gaiola/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Martiane Jaques La Flor

Tainá Viana

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade a legitimação de um novo valor*. 2. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.

SOTO, Jorge Bermudez. Access to Public Information and to Environmental Justice. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, n. 34, p. 571-596, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em 31 mar. 2021.

Recebido: 13/10/2022

Aprovado: 05/12/2022

A PROTEÇÃO DOS DIREITO DE PERSONALIDADE E INTIMIDADE DOS EMPREGADOS NOS EXAMES MÉDICOS DO TRABALHO

*THE PROTECTION OF EMPLOYEES'
PERSONALITY RIGHTS AND INTIMACY IN
MEDICAL EXAMINATIONS AT WORK*

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira¹

Marcela Modesto Fermino²

Silvia Helena de Oliveira³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos da personalidade nas relações de trabalho. 2. A responsabilidade civil no âmbito do direito do trabalho. 3. O papel do médico na

1 Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade Clássica de Lisboa (Portugal). Doutor e mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (FDUSP). Livre-Docente em Direito do Trabalho pela FDUSP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) na FDUSP e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor da Graduação na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta em Jundiaí. Desembargador Federal do Trabalho (São Paulo).

2 Doutoranda em Educação, Conhecimento e Sociedade pela Universidade do Vale do Sapucaí (Univás). Mestra e bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

3 Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL).

medicina do trabalho. 4. Exames médicos no trabalho.
Considerações finais. Referências.

RESUMO: No espaço laboral, os exames médicos do trabalho são imprescindíveis para a manutenção da saúde e segurança do empregado, porém é importante que os empregadores e médicos do trabalho se atentem aos limites das informações pessoais do trabalhador. Para tanto, neste artigo será realizada uma análise desse assunto em quatro momentos: o primeiro, em relação aos direitos da personalidade do funcionário nas relações de trabalho, o segundo se estende à responsabilidade civil nessas situações, o terceiro trata do papel do médico do trabalho na empresa, e, por fim, acerca dos exames médicos e dos limites de informações dos dados pessoais do empregado, com enfoque na Lei Geral de Proteção de Dados. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, e compreendeu-se que os direitos constitucionais de personalidade e intimidade do trabalhador devem ser garantidos em qualquer situação no ambiente de trabalho, inclusive no que consiste aos exames médicos.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade e intimidade do trabalhador. Medicina do trabalho. Exames médicos no trabalho. Dados sensíveis. Saúde do trabalhador.

ABSTRACT: In the workplace, medical examinations at work are essential for the maintenance of the employee's health and safety, but it is important that employers and occupational physicians pay attention to the limits of the worker's personal information. To this end, this article will analyze this subject in four moments: the first, in relation to the rights of the personality of the employee in labor relations, the second in what concerns civil responsibility in these situations, the third in relation to the role of the occupational physician in the company, and finally, in relation to medical examinations and the limits of information of the employee's personal data, focusing on the General Law of Data Protection. The research technique used was bibliographic, and it was understood that the constitutional rights of personality and intimacy of the worker must be guaranteed in any situation in the work environment, including what medical examinations consist of.

KEYWORDS: Worker's personality and intimacy. Occupational health. Medical exams at work. Sensitive data. Employee health.

INTRODUÇÃO

Ao versar sobre os direitos do trabalho no meio ambiente laboral, é preciso compreender o empregado enquanto um ser humano, com direitos constitucionalmente protegidos no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que pareça uma afirmação óbvia, debates quanto as garantias fundamentais do empregado são constantemente levantados, seja no meio jurídico e normativo (nos tribunais, jurisprudências, Ministério do Trabalho etc.), no meio acadêmico (dentro de salas de aula, em publicações de artigos, seminários, congressos etc.) e no meio social (mídia, redes sociais etc.), o que significa que o tema está longe de ser esgotado.

O empregado, via de regra, encontra-se em uma posição de vulnerabilidade na relação de trabalho, visto que, ao considerar a realidade brasileira (principalmente no quadro econômico atual), o trabalho é um meio de sustento indispensável para o indivíduo e, por vezes, de todo um esquema familiar. A partir disso, pode-se compreender que o trabalhador muitas vezes se expõe a situações que não são amparadas pela legalidade, conscientemente ou não, para poder manter o padrão de vida em que se encontra.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, portanto, assume-se a premissa de que trazer à tona dispositivos constitucionais de garantias individuais no ambiente do trabalho é indispensável e urgente para a sociedade brasileira contemporânea, devendo estes ser utilizados como preceito basilar para todo e qualquer dispositivo que seja de competência pública ou privada, e que, acerca da atuação da medicina do trabalho, a pessoalidade e intimidade do empregado devem estar sobrepostas às demais ações e decisões no exercício das funções correlacionadas.

O caminho eleito para elaborar este artigo foi dividido em quatro momentos, em uma metodologia de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de legislação, livros, artigos publicados em revistas renomadas, teses de doutorado, julgados e demais fontes que sejam pertinentes e relevantes para as afirmações aqui apresentadas. Dito isso, o primeiro momento foi elaborado em torno de uma discussão sobre os direitos da personalidade nas relações de trabalho como um norte que deve guiar a gestão empresarial, sob argumentos constitucionais e infraconstitucionais que corroboram a ideia.

No segundo momento, trata-se da responsabilidade civil do empregador nas relações de trabalho, expondo como o ordenamento jurídico brasileiro trata das ações dentro do ambiente de trabalho que resultam em algum tipo de dano ao empregado, assim como o dever de indenizar e o que doutrinadores estipulam sobre o assunto, sendo trazidos em questão somente aqueles que se manifestam em favor do empregado, fundamentando o posicionamento da autoria desta pesquisa. Uma das responsabilidades do empregador é dar

condições ao trabalhador de exercer sua profissão em plenas condições físicas e mentais, o que se relaciona com o terceiro tópico desta pesquisa, que é o papel do médico na empresa.

Neste momento, preocupa-se em levar à compreensão do leitor do que se trata a função do profissional da medicina do trabalho, demonstrando que sua atuação se estende desde os exames estipulados pelo art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho (admissionais, periódicos e demissionais), encaminhamento para profissionais de outras áreas da medicina quando necessário, emissão de laudos periciais – o que é indispensável para comprovação de danos em litigâncias trabalhistas –, entre outros, e, por fim, em relação à obrigação de informar ao paciente (trabalhador) os resultados dos exames, sem fornecer os mesmos dados à empresa, limitando-se a afirmar se o empregado está apto ou não a continuar no serviço, o que leva ao quarto momento.

Esmiuçar a legalidade dos exames médicos do trabalho, como e com qual frequência eles devem ser realizados, é importante para poder compreender qual deve ser a extensão das informações pessoais e dos dados sensíveis dos trabalhadores, o que urge trazer a Lei Geral de Proteção de Dados para o âmbito trabalhista, mais especificamente da medicina do trabalho, a fim de garantir os direitos de pessoalidade e intimidade do trabalhador, assim como impedir possíveis discriminações.

1. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Os direitos da personalidade do trabalhador configuram pressuposto para guiar a gestão empresarial, garantindo uma relação de trabalho fundamentada no respeito à dignidade humana. As relações de trabalho reúnem muitas áreas nas quais a intimidade do trabalhador sofre ingerência do empregador, podendo resultar em excessos que impliquem a não efetividade dos direitos da personalidade, gerando um desequilíbrio na relação de trabalho. O presente estudo visa abordar os direitos da personalidade na busca da justiça social no âmbito trabalhista, sendo pertinente citar a lição de Roberto Lyra Filho (1982, p. 56):

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade, em que cessem a exploração e a opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade.

Os direitos da personalidade são invioláveis, sendo garantido o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado

o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, consoante a dicção do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Silvio Rodrigues (2003, p. 61) conceitua o direito da personalidade como sendo um direito inerente à pessoa humana, portanto a ela ligado de maneira perpétua e permanente, não sendo possível conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Os direitos anteriormente elencados saem da esfera patrimonial, portanto, são intransmissíveis e irrenunciáveis, como proclama o art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (Brasil, 2002).

Na mesma linha de raciocínio, Limongi França (1999, p. 935) conceitua os direitos da personalidade como as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior. Esses direitos são extremamente importantes, pois integram as Declarações de Direito que servem como garantia dos cidadãos contra arbitrariedades do Estado. O direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja amparada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais (França, 1999, p. 935).

Há afirmações de que os direitos de personalidade são, tão somente, aqueles previstos no ordenamento jurídico, ou melhor, seriam de natureza positiva. Contudo, além das definições previstas em lei, temos os direitos reconhecidos pelos costumes e pelo direito científico, tais como o direito à imagem e o direito moral, devendo ter como fundamento as imposições da natureza das coisas, em outras palavras, o direito natural (França, 1999, p. 937).

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 2) ensina que os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e se refletem na sociedade, existentes na legislação para a defesa dos valores inatos do homem enquanto indivíduo (Bittar, 2015, p. 2). Podemos citar o direito à vida, à integridade física, às partes do corpo, à liberdade, à intimidade, ao segredo, ao respeito, à honra, à intelectualidade, entre outros.

Por direito de personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano detém em face de sua natureza humana, ou melhor, em face de sua própria condição, sendo eles direitos inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem (Bittar, 2015, p. 68).

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, tendo a compreensão dos direitos humanos como aqueles direitos que o ser humano possui pelo simples fato de ter nascido ser humano, dessa maneira, a dignidade sendo inerente a esta humanidade. Nessa concepção moderna, entende-se que

esses não são resultados de uma vontade política, enquanto constituídos pela característica da humanidade, porém é da força política que emerge o dever de consagrar e garantir esses direitos do homem (Herkenhoff, 2004, p. 30).

Nesse diapasão, a proteção dos direitos da personalidade tem como objetivo resguardar a dignidade do trabalhador, visto que o empregador deverá propiciar um ambiente de trabalho que permita a execução das atividades respeitando a integridade física, moral e intelectual do empregado. Kant (1974, p. 228) traz um conceito lógico-filosófico sobre a dignidade da pessoa humana:

O homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Todos os objetos das inclinações têm somente um valor condicional. Os seres, se são seres irracionais, têm apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio [...]

Segundo a reflexão de Kant, o homem não é uma coisa, não podendo ser utilizado para a consecução de interesses industriais, o empregador tem a obrigação de propiciar meios para que as atividades laborativas sejam executadas respeitando a dignidade do empregado. Não se pode negar que essa linha de pensamento kantiana serviu de premissa para os princípios constitucionais brasileiros, sendo a dignidade da pessoa humana figurada como direito fundamental, previsto no art. 1º da CF de 1988, bem como os valores sociais do trabalho, que juntos constituem direitos essenciais do ser humano, formando a base para o sistema constitucional. A proteção no direito do trabalho está fundamentada no princípio da dignidade, uma vez que o trabalho em condições de desrespeito aos direitos dos empregados obsta a existência plena do ser humano.

Os direitos fundamentais que visam garantir a dignidade da pessoa humana, em especial o direito à intimidade, constituem limitadores para a atuação dos empregadores, que, ao exercerem o poder diretivo, praticam excessos que causam constrangimento ou, ainda, configuram discriminação. Alice Monteiro de Barros (2009, p. 25) que relaciona o direito à intimidade e à privacidade ao poder diretivo do empregador:

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui

uma espécie. O empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, por certo sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. É inadmissível, entretanto, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Como se vê, não é o fato de o empregado subordinar-se ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria uma degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado.

Nesse prisma, observa-se que o poder diretivo do empregador está restrito ao desenvolvimento da atividade produtiva, sua atuação não pode configurar uma condição de sujeição do empregado. O poder de gestão não anula os direitos fundamentais do cidadão; a invasão da privacidade ou da intimidade do empregado configura dano, ensejando resarcimento pelas vias judiciais. Sendo assim, emerge a necessidade de adequar as diretrizes da responsabilidade civil ao poder de gestão do empregador.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

A responsabilidade civil encontra respaldo no art. 186 do Código Civil brasileiro, que estipula que o sujeito que, seja por ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência, for o causador de dano a outro indivíduo comete ato ilícito, mesmo que seja dano exclusivamente moral. Ainda no respectivo Código, no parágrafo único do art. 927, obriga-se o autor a reparar o dano causado, independentemente de culpa, em duas situações: nos casos amparados pela legislação ou quando a natureza da atividade do autor possa causar risco para os direitos do outro.

Há, portanto, três elementos essenciais para que seja caracterizada a necessidade de reparação dentro da matéria da responsabilidade civil: o ato causador, o dano e a causalidade entre ambos: “O nexo causal, ou a relação de causalidade, vem usualmente definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro” (Schreiber, 2009, p. 53).

No Direito do Trabalho, a responsabilidade civil pode ser constituída por danos material ou moral e é apresentada sob diferentes fundamentos. Serão analisados primordialmente os princípios constitucionais, uma vez que a interpretação deve ser dominada pela força dos princípios (Grau, 2018, p. 3.844). Inicialmente, destaca-se o princípio da dignidade humana e a inviolabilidade da “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, 1988).

É perfeitamente viável que a indenização prevista no inciso X do art. 5º da Carta Magna se aplique ao âmbito trabalhista, uma vez que empresas possuem dados que são da vida privada do trabalhador, e que a divulgação desses pode resultar em constrangimento. Um exemplo dado por Sampaio (2018, p. 587) é a perda do desempenho profissional ou de produtividade no trabalho que decorra de abalos psicológicos, o que configura um dano patrimonial indireto, exigível de compensação.

Nos Direitos Sociais, localizados no Capítulo II da Constituição, o direito ao trabalho está garantido no art. 6º,⁴ enquanto no art. 7º e seus 34 incisos está definido o rol de proteções que os trabalhadores possuem e que o Estado deve zelar e garantir, em suas diversas formas. Ao se tratar de direitos sociais e das garantias existentes a desfavor de interferências por parte de atores públicos ou privados, é necessário frisar que a doutrina e a jurisprudência (ainda que de forma tímida) reconhecem a vedação do retrocesso social, de forma:

(...) a coibir medidas de cunho retrocessivo por parte do legislador, que, pela revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venha a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria CF (Sarlet, 2018, p. 1.160).

Nesse sentido, faz-se indispensável versar matéria que trate da responsabilidade dos patrões pelos empregados. Vale ressaltar que a interpretação constitucional no que condiz à responsabilidade civil no concerne trabalhista não deve ser relativizada, de forma que essa “acompanha o acidente dependendo do caso, pois a indenização somente é devida quando o empregador agir com dolo ou culpa, excluindo-se, portanto, os casos fortuitos e os de culpa exclusiva do trabalhador” (Stümer, 2016, p. 155-172). No âmbito da responsabilidade por dano material, salienta-se a importância da aplicação da teoria do risco, em que o empregador deve arcar com as consequências do risco criado, assumindo “os riscos, ao mesmo tempo que colhe os proventos da atividade do preposto, tendo, em geral, a direção desta atividade” (Lima, 1938, p. 112).

O acidente de trabalho é uma exemplificação do que é um dano material causado no ambiente trabalhista. No Brasil, esse é definido como “aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (Brasil,

⁴ Que zela, para além da matéria trabalhista, pelas matérias de educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Marcela Modesto Fermino

Silvia Helena de Oliveira

1976), conforme a Lei n. 6.367/76. Portanto, para reparar o dano causado nesses casos, é necessário mensurar a extensão dos danos emergentes e lucros cessantes (quando houver), sendo assim realizado o cálculo do dano material.

Quanto ao dano moral, há a necessidade de possuir certa sensibilidade ao caracterizá-lo, visto que não é qualquer desavença ou chateação que é passível de indenização. Esse, portanto, deve ser analisado quanto à extensão dos possíveis danos psicológicos causados pelo empregador ao empregado, sendo assim: “Não pode o empregador, pelo simples fato de ter o empregado a ele subordinado e lhe pagar salários, desrespeitar sua privacidade no ambiente de trabalho ou fora dele, violando-lhe a intimidade, em nome de um suposto poder de direção” (Oliveira, 2005, p. 147-167).

No Brasil, infelizmente, os dados sobre transtornos mentais decorrentes do trabalho são relevantes: “A Organização Mundial da Saúde – OMS estimou que os chamados transtornos mentais menores acometem cerca de 30% dos trabalhadores ocupados, e os transtornos mentais graves cerca de 5 a 10%” (São Paulo, 2021, p. 5). O que define o nexo causal entre o serviço e a doença do empregado são exames realizados por peritos médicos ocupacionais e se corresponde a alguma enfermidade listada pelos Transtornos Mentais Relacionados ao Trabalho (TMRT).

A competência para julgar as ações decorrentes já foi alvo de discussão se deveriam ser julgadas pela Justiça comum ou pela Justiça do Trabalho. Em 2005, a Orientação Jurisprudencial n. 327 (hoje cancelada) estabelecia que à Justiça do Trabalho era competência dirimir somente controvérsias referentes à indenização por dano moral. Atualmente, o entendimento é outro, visto que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho em 2015, na Súmula n. 392, prevê:

Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido (TST, 2015).

É preciso se atentar, no entanto, que a avaliação de qualquer tipo de dano para que seja imputada responsabilidade ao empregador e a consequente indenização deve ser realizada por um médico perito ocupacional, assunto que será abordado no capítulo a seguir.

3. O PAPEL DO MÉDICO NA MEDICINA DO TRABALHO

A medicina do trabalho foi instituída juntamente com a segurança do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 6.514

de 1977, em que se estabelece os parâmetros e requisitos necessários para que as atividades laborais sejam exercidas de forma devida. A necessidade dessa proteção exercida pelo Estado surgiu conforme a tecnologia evoluiu de forma acelerada, e com as novas modalidades de trabalho junto à utilização de maquinários e elementos químicos, que fez emergir uma nova divisão internacional do trabalho (Mendes; Dias, 1991, p. 341-349).

A função do médico do trabalho, no entanto, é diferente das diversas especializações de medicina que existem no mundo da ciência. Em vez de buscar a cura do paciente, quando avaliada a capacidade física do trabalhador, “muitas vezes o ato médico se traduz na devolução do paciente às fontes determinantes de seu mal-estar original” (Vasconcellos; Pignati, 2006, p. 1105-1115), ou seja, há um encaminhamento específico para que o trabalhador em questão possa resolver seus problemas de saúde: “Em outra situação, se um médico do trabalho observa um trabalhador com problema cardíaco, não é ele que o tratará, mas o cardiologista que deverá ser acionado” (Vasconcellos; Pignati, 2006, p. 1105-1115).

Quando se trata da medicina do trabalho, todavia, deve-se compreender que a mesma possui uma ligação multidisciplinar e plurinORMATIVA (Silva, 2009, p. 5), devendo abranger profissionais das mais diversas áreas para garantir a segurança do trabalho, conforme estipulado pelo art. 162 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “As empresas, de acordo com normas a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, estarão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho” (Brasil, 1943).

Sendo assim, a garantia da saúde e do bem-estar do trabalhador “envolve a soma do conhecimento acumulado por diversos estudiosos do relacionamento entre o homem e o ambiente” (Silva, 2009, p. 5), englobando especialistas das áreas de medicina, biologia, previdência social, direito, engenharia, arquitetura e afins. Além disso, é necessário que o profissional da medicina do trabalho tenha a devida sensibilidade – caráter subjetivo – para compreender que o paciente, enquanto empregado, por muitas vezes se submete a um ambiente laboral pouco ou nada propício, pelo simples fato de não ter outras opções. É importante que haja um entendimento das condições por completo, não somente do problema que o paciente foi reclamar.

É evidente que, do mesmo modo que a medicina, as ciências da saúde também se fundam em variáveis sociais, culturais, políticas e econômicas, não tão científicas, mas que não lhes retiraram o caráter de ciências, talvez rotulada no plural para, justamente, firmar o seu caráter plural e conferir-lhes, assim, o grau de ciência *lato sensu* (Vasconcellos; Pignati, 2006, p. 1105-1115).

A responsabilidade do médico do trabalho se estende ao âmbito jurídico na medida em que o meio laboral passa a ser prejudicial ao trabalhador,

independentemente se a forma como esses problemas aparecem seja de doenças físicas ou psíquicas. Inclusive, nos princípios fundamentais do Código de Ética Médica, versados no inciso XII do Capítulo I do documento, estipula-se que é dever do médico se empenhar em adequar o trabalho ao ser humano, buscando eliminar e controlar os riscos à saúde que, por sua vez, são inerentes às atividades laborais (CFM, 2018).

Para ilustrar como a função da medicina implica diretamente na vida do empregado, será apresentado o caso de um cortador de cana-de-açúcar (TST, 2014) que contraiu tendinopatia do manguito rotador direito e tendinopatia do extensor comum com área de rotação justa-insersional e alegou que isso somente ocorreu em razão de seu exercício laboral, pleiteando indenização por dano extrapatrimonial.

Primeiramente, esses termos não são usuais no meio jurídico, o que implica necessariamente a atuação de um perito especialista para reconhecer o nexo de causalidade entre a atividade realizada pelo empregado e a doença apontada. Nesse caso em específico, o laudo médico apontou que houve uma relação de causalidade, o que levou ao entendimento do juiz de que a indenização era devida:

Ficou delimitado no v. acórdão regional que o nexo de concausalidade foi comprovado por laudo do perito que, não obstante tivesse constatado a origem degenerativa das doenças, atestou que “*o pesado trabalho no corte de cana-de-açúcar, em posições antiergonómicas*”, contribuiu para o agravamento. Consignou, quanto à incapacidade, que “*o médico constatou deficit funcional especificamente para o cotovelo direito geradora de incapacidade laborativa parcial e temporária*”. (...) pela experiência comum (art. 335 do CPC), a atividade de corte de cana-de-açúcar, ainda pior quando remunerada por produção, é fato de alto risco para o surgimento de tendinites” (TST, 2014).

Ou seja, ao realizar uma análise do acórdão supracitado, interpreta-se que o papel do médico na medicina do trabalho é função determinante não somente em suas atuações dentro das empresas ou das clínicas, como também no Judiciário: “A resposta racional, ‘científica’ e aparentemente inquestionável traduz-se na ampliação da atuação médica direcionada ao trabalhador, pela *intervenção* sobre o ambiente, com o instrumental oferecido por outras disciplinas e outras profissões” (Mendes; Dias, 1991, p. 341-349).

No âmbito das doenças psicológicas e psiquiátricas, em detrimento do aumento significativo dessas após o advento da pandemia, a atuação de um médico do trabalho com assistência multidisciplinar se fez de maior importância ainda. Em acórdão relativo à responsabilização do empregador pelo desenvolvimento de transtorno afetivo bipolar e síndrome de burnout, observa-se novamente a importância do profissional da saúde no âmbito laboral:

Quanto à prova pericial, destacou que o laudo foi confeccionado por profissional da área de psiquiatria. Registrhou que “*O laudo médico-pericial foi conclusivo pelo nexo concausal entre o trabalho e a patologia da reclamante Transtorno Afetivo Bipolar (CID10:F31), e nexo causal com patologia Síndrome de Burnout (CID 10: Z73. 0) que a acometeu*”. Anotou que o trabalho mostrou-se coerente, não padecendo de falhas, “*evidenciando que o expert é detentor de conhecimento científico suficiente ao deslinde da causa*” (TST, 2022).

Por fim, faz-se também de suma importância que o profissional da medicina do trabalho realize a análise completa das Normas Regulamentadoras (numeradas da NR-1 até a NR-37) nos casos em que for necessário e pertinente para a garantia da segurança e saúde dos empregados. Vale reiterar que, apesar da profissão ser voltada aos médicos, é preciso que se analise cada caso de forma multidisciplinar e com a abrangência necessária para a garantia dos direitos sociais do empregado, não devendo essa função ser compreendida unicamente como do âmbito jurídico.

4. EXAMES MÉDICOS NO TRABALHO

A depender da função do empregado em seu exercício das atividades laborativas, há uma exposição do empregado a condições insalubres ou perigosas, ensejando medidas que garantam a saúde e segurança no meio ambiente do trabalho. A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88)⁵ estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações: “Trata-se de matéria das mais importantes, já que envolvem bem de valor inestimável, que é a vida. Por esse motivo, é obrigação da empresa fornecer um ambiente saudável e, acima de tudo, seguro a seus empregados” (Stümer, 2016, p. 155-172).

A referida regra constitucional se estende ao meio ambiente do trabalho, pois, para atingir a plenitude de saúde ao trabalhador, é necessário garantir a higidez e equilíbrio no local de trabalho, sendo assim, os exames realizados por questões laborais não podem ser vistos como unicamente o cumprimento de uma obrigação legal, mas, sim, como “a oportunidade de fornecer a prevenção e a promoção da saúde do trabalhador” (Hyeda, 2014, p. 66-72). Como já abordado, a importância da saúde física e mental do trabalhador traduz-se em direito fundamental prescrito no art. 7º, XXII, da

⁵ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 1988).

CRFB/88, na CLT e em diversas instruções normativas, portarias e normas regulamentadoras emitidas pelos órgãos do Executivo.

Cabe ao Legislativo a criação de normas que tratem do assunto, contudo, a própria lei poderá delegar ao Executivo a criação de direitos, assim, não só os decretos como também as portarias, circulares e outros atos do Executivo poderão, excepcionalmente, representar fonte de direito. Essas normas, por sua vez, possuem grande relevância ao garantir os direitos constitucionais voltados ao trabalhador, a partir do momento em que discriminam (ainda que de forma pormenorizada) que os esforços para a elaboração e a promoção dos programas de saúde do trabalhador pertençam ao empregador (Stümer, 2016, p. 155-172).

É fato que algumas doenças profissionais, físicas ou mentais, ou ainda acidentes de trabalho, ocorrem em razão das más condições em que o trabalhador realiza seu labor (Cassar, 2019, p. 980). Sem falar do excesso de jornada, ausência de ergonomia, supressão ou diminuição de intervalos intra e interjornadas, atividades repetitivas e as pressões por produtividade. Esses fatores podem contribuir para o aparecimento ou agravamento de doenças, o que ensejou a determinação de que o empregador realize exames médicos na admissão, durante o contrato de trabalho e na demissão, nos termos do art. 168 da CLT.

Embora a lei determine que o empregado deva se submeter aos exames médicos, mesmo que não seja essa a sua vontade, deve ser resguardada sua intimidade (Oliveira, 2005, p. 162). No decorrer desta pesquisa, versar-se-á quais são os critérios de decisão para definição dos exames fixados pelas normas regulamentadoras e os limites dos direitos de informação do trabalhador (questionários, informações sobre a vida privada, vacina etc.) e a discriminação genética. Conforme o conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS), esses exames são entendidos como *diagnóstico precoce*, caracterizados pelo objetivo de detectar “distúrbios dos mecanismos compensatórios e homeostáticos, enquanto ainda permanecem reversíveis alterações bioquímicas, morfológicas e funcionais” (Miranda; Dias, 2004, p. 224-232).

Todas as atividades laborativas devem ser realizadas em um meio ambiente que priorize a incolumidade física, psíquica e social do empregado, inclusive dos trabalhadores terceirizados. Por isso, o local de trabalho deve ser salubre, saudável, digno e íntegro (Cassar, 2019, p. 979). A legislação brasileira possui uma densidade de normas que versam sobre a questão dos exames médicos, englobando a CLT (Capítulo V – Da Segurança e Medicina do Trabalho) e a Norma Regulamentadora (NR) 07.⁶ Como parte

⁶ “A NR-07 estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte dos empregadores, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, cujo objetivo é promover e preservar a saúde dos empregados” (Brasil, 1978).

do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), deve ser realizado um conjunto de exames clínicos e complementares específicos para a prevenção ou detecção precoce dos agravos à saúde dos trabalhadores, de acordo com o risco a que estiverem expostos: “Neste sentido, o PCMSO é parte integrante de uma série de iniciativas com caráter preventivo a serem implementadas pela empresa no âmbito da saúde dos trabalhadores; e a interação com as outras normas regulamentadoras contribui para a sua efetividade” (Stümer, 2016, p. 155-172).

Conforme disposto no item 7.2 da NR 07, as regras condizentes às medidas de segurança e medicina do trabalho devem ser aplicadas de forma ampla, englobando as administrações direta e indireta, assim como os poderes Legislativo, Judiciário e o Ministério Público que empreguem indivíduos pelo regimento da CLT – NR 07. Ainda segundo a NR 07, os exames admissionais, periódicos, de retorno ao trabalho, de mudanças de riscos ocupacionais e demissionais são obrigatórios⁷. Os referidos exames compreendem os clínicos e complementares, “em síntese, na elaboração do PCMSO, o mínimo requerido é um estudo prévio para reconhecimento dos riscos ocupacionais existentes na empresa, por intermédio de visitas aos locais de trabalho” (Miranda; Dias, 2004, p. 224-232).

Os empregados devem ser informados e orientados a respeito do resultado dos exames ocupacionais, bem como devem lhes ser fornecidas cópias quando solicitado, sendo esse dever restrito ao médico do trabalho, não ao empregador. Entende-se, portanto, que a figura do médico coordenador assume, no que consiste à prevenção dos riscos no trabalho, grande importância, porquanto a NR 07 não mede esforços para promover a segurança e a integridade dos trabalhadores (Stümer, 2016, p. 155-172). A ausência de informação e orientação por parte do médico pode gerar responsabilidade *in eligendo* e *in vigilando* da empresa, pois essa é responsável pelos atos dos empregados e prepostos, a exemplo do caso adiante:

EXAME MÉDICO PERIÓDICO. EMPREGADO 7a TURMA COM CÂNCER CONSIDERADO APTO AO TRABALHO. FALECIMENTO POSTERIOR DECORRENTE DA DOENÇA. DANO MORAL À FILHA. É certo que o câncer, muitas vezes é uma doença silenciosa, que somente apresenta seus sintomas muito tempo após instalado, mas o fato é que o falecido empregado realizou exames que indicavam anormalidades e jamais poderia ter sido considerado apto ao trabalho, mas sim encaminhado a tratamento que, talvez, pudesse ter prolongado sua vida ou até curado. O que transparece é que o exame periódico do Autor foi realizado sem o devido cuidado, sem se examinar

⁷ “7.5.6 O PCMSO deve incluir a realização obrigatória dos exames médicos: a) admissional; b) periódico; c) de retorno ao trabalho; d) de mudança de riscos” (Brasil, 1978).

os resultados apresentados, não alcançando, portanto, sua finalidade. Observe-se que os exames admissional, periódico e demissional não podem ser encarados como meros atos formais, nos quais o médico mal examina o empregado. O médico tem que agir de forma cuidadosa e, principalmente, independente e de forma alguma pode se subordinar aos interesses da empresa (TRT1º, 2014).

Os exames não podem figurar como meros atos formais, o médico deve examinar e acompanhar o estado de saúde dos empregados, de forma cuidadosa e ética, emitindo o Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), que deve ser comprovadamente disponibilizado ao empregado, inclusive em meio físico quando solicitado (TRT1º, 2014). A importância do trabalho e das condições do trabalho no processo de adoecimento ganhou destaque no Capítulo III do Código de Ética Médica (CFM, 2018), que trata da responsabilidade profissional, estabelecendo vedações, entre elas deixar de fornecer informações ao trabalhador em relação às condições de trabalho que possam colocar em risco sua saúde, assim como deixar de comunicar os empregadores⁸ e “deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença” (CFM, 2018).

O Conceito de Medicina do Trabalho proposto pela NR07 visa à integração entre o médico do trabalho com as áreas de segurança, meio ambiente, administrativa e de gestão de pessoas (recursos humanos), pois, para estabelecer nexo entre doença e trabalho e para avaliar a capacidade laborativa, o médico do trabalho deve ter identificados os fatores de risco e as exigências físicas e psíquicas no processo e ambiente laboral (Dias, 2003, p. 6-21).

A NR 07 dispõe que o PCMSO deve incluir ações de: a) vigilância passiva da saúde ocupacional, a partir de informações sobre a demanda espontânea de empregados que procurem serviços médicos; b) vigilância ativa da saúde ocupacional, por meio de exames médicos dirigidos que incluem, além dos exames previstos nessa NR, a coleta de dados sobre sinais e sintomas de agravos à saúde relacionados aos riscos ocupacionais, não podendo ter caráter de seleção de pessoal. As ações previstas na referida norma regulamentadora se limitam à coleta de dados sobre sinais e sintomas de agravos à saúde relacionados aos riscos ocupacionais; qualquer exame ou coleta de dados que não tenham relação com as determinações da NR são indevidos, pois invadem a vida privada do empregado e são vedados pelo texto constitucional.

O empregador deve se limitar a obter dados sobre a capacidade profissional do empregado, imprescindíveis a uma eficiente organização do

⁸ “Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis” (CFM, 2018).

trabalho, devendo se abster de fazer perguntas a respeito de suas origens raciais, opções políticas, convicções religiosas, atividades sindicais. A celeuma no presente estudo reside na utilização da medicina preditiva no contrato de trabalho, haja vista que, embora os avanços científicos aumentem a possibilidade de melhorar a existência humana, paralelamente agravam os perigos para a pessoa, em face de utilização indevida da informação genética (Barros, 2009, p. 110).

A utilização indevida de dados genéticos pelo empregador já foi objeto de discussão judicial em alguns lugares do mundo. Nos Estados Unidos temos um caso que envolveu a *Equal Employment Opportunity Commission* e a empresa *Burlington Northern Santa Fe Railway* (Matias, 2009, p. 10). A questão foi resolvida em 2002 após acordo milionário. A discussão tratava da tentativa de discriminação genética por parte da empresa, bem como da utilização invasiva e sem consentimento da informação genética dos empregados. Um grupo de trabalhadores da empresa apresentava sintomas como formigamento das mãos e dormência, típicos da síndrome do túnel do carpo, e foi submetido, sem consentimento, a testes genéticos com intuito de comprovar a suscetibilidade daqueles funcionários à síndrome, fato que eximiria a responsabilidade da empresa (Matias, 2009, p. 10).

Esse, entre outros casos, ensejou a aprovação da Lei da Genética (GINA – *Genetic Information Nondiscrimination Act*) nos Estados Unidos, em 2008, que proíbe as empresas de fazerem exames de DNA de funcionários e de candidatos a emprego com o objetivo de determinar, com base em informações genéticas, se serão vítimas, no futuro, de alguma doença grave. A proibição também atinge as companhias de seguro-saúde, que costumavam fazer a mesma coisa: colher informações genéticas para aumentar o valor do prêmio – ou mesmo recusar a venda do seguro-saúde (Melo, 2015, p. 2).

Essa prática por parte dos empregadores, com os avanços da tecnologia, tende a aumentar (Silva, 2019, p. 38), configurando um novo fator de discriminação, que poderá ser utilizado para seleção de empregados ou ainda, nos exames admissionais, periódicos, demissionais e complementares, provocando a rescisão do contrato de trabalho do empregado e a exclusão de seus familiares.

Nos tópicos supramencionados, verificou-se que, no Brasil, a legislação trabalhista determina que as empresas realizem exames médicos na admissão, durante o contrato de trabalho e na demissão, visando acompanhar o estado de saúde dos empregados, identificando doenças que os inabilitem para determinadas atividades ou, ainda doenças preexistentes que possam se agravar com as atividades laborativas.

Não se tem informações de que os empregadores nacionais realizem testes genéticos preditivos, contudo, o assunto merece atenção, tendo em vista que, com os avanços tecnológicos, propiciando o acesso aos testes

genéticos, somado à ausência de legislação que regulamente a matéria, num futuro próximo, os empregados poderão estar sujeitos a tais práticas.

Em verdade, a preocupação reside em testes que não tenham relação com o trabalho, pois, mesmo que houvesse testes genéticos, mas que fossem estritamente limitados às atividades ocupacionais, na busca por manter a saúde do empregado, a medida seria favorável aos trabalhadores, porém, numa economia capitalista, os riscos de que o empregador utilize os dados genéticos de forma discriminatória são grandes, o que provocaria graves prejuízos aos empregados, que, mesmo sem estarem doentes, poderiam perder o emprego ou deixar de ser contratados por um predisposição à determinada doença.

O Brasil não possui legislação específica sobre o tema, mas existem alguns projetos de lei em trâmite nas casas legislativas que visam regulamentar a discriminação genética e a proteção do patrimônio genético humano. O Projeto de Lei n. 4.610/1998 (Brasil, 1998) conceitua a discriminação genética e o enquadramento criminal, tratando da realização de testes preditivos:

[...] que a realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica e após aconselhamento genético, por profissional habilitado.

Temos mais dois projetos de lei, n. 4.900/1999 (Brasil, 1999) e n. 7.373/2006 (Brasil, 2006), que tratam da discriminação genética em razão da informação genética, vedando a utilização desses dados no âmbito de seguros e planos de saúde. Em razão da escassez de normas, a proteção do trabalhador deve ser invocada com base nas disposições constitucionais, fundamentadas na dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º da CRFB/88. A Constituição Federal também traz nos artigos 5º e 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, garantias no que se refere à discriminação, intimidade e inviolabilidade da vida privada do trabalhador de modo geral, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII -

proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (Brasil, 1988).

Sobre o patrimônio genético, o referido diploma também faz menção, de forma geral, no art. 225, § 1º, inciso II, quando prevê que cabe ao Poder Público resguardar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e supervisionar entidades atuantes no âmbito da pesquisa e da manipulação genética, a fim de garantir o efetivo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Brasil, 1988).

Embora a CLT não faça previsão a respeito de testes genéticos e exames preditivos, é possível afirmar que o art. 168, § 5º, resguarda o sigilo dos exames, assim, o empregador não deve ter acesso ao resultado dos exames. Essa restrição foi corroborada pelo Código de Ética Médica, art. 76, que veda a divulgação dos resultados dos exames médicos, sendo conhecimento restrito exclusivamente ao paciente (Brasil, 2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é a única que trata de informações genéticas, definindo-as como dados sensíveis, estabelecendo que somente poderão ser acessadas com o consentimento do titular (Brasil, 2018). A utilização indevida de dados genéticos por parte do empregador pode acarretar tratamento discriminatório, atingindo a integridade psíquica da pessoa, visto que o trabalho é fonte de renda e sobrevivência do indivíduo e bem-estar da família. A privacidade e intimidade dos empregados não podem ser tratadas de forma arbitrária. Ademais, na esfera trabalhista, mesmo que o empregado, por ato voluntário, participe de programas de monitoramento genético do empregador, a subordinação existente nessa relação compromete o consentimento, evidenciando a conduta lesiva, apta a ensejar a responsabilização civil, havendo comprovação de dano em virtude de prática discriminatória decorrente da utilização de informações genéticas dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, houve a pretensão de evidenciar a importância da temática da proteção dos direitos de personalidade nos exames médicos do trabalho, haja vista que os direitos da personalidade são invioláveis, sendo que o direito à intimidade e à vida privada é inerente à pessoa humana, a ela ligado de maneira perpétua e permanente. No entanto, aqui se assume o entendimento e a noção da extensão e densidade do tema, não se buscando, de forma alguma, esgotar o tema.

Os direitos da personalidade abrangem os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, assim como se projetam no mundo exterior, pois integram as Declarações de Direito que visam garantir aos cidadãos a proteção à

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Marcela Modesto Fermino

Silvia Helena de Oliveira

arbitrariedade do Estado. Esses direitos vão além dos dispositivos legais, pois residem no direito natural, são inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem.

No contexto trabalhista, as garantias ao direito da personalidade visam proteger o empregado enquanto cidadão, propiciando um ambiente saudável, físico e intelectualmente. A busca pelo lucro encontra limites na dignidade do empregado, restringindo qualquer conduta que desrespeite a existência plena do ser humano, que só será permitida quando o empregado for visto como cidadão, antes de subordinado em uma cadeia hierárquica capitalista. O poder de gestão do empregador está limitado às atividades laborativas, não podendo colocar o empregado em situação de sujeição. A lesão aos direitos da personalidade, com invasão aos direitos da intimidade e integridade física ou moral do empregado, encontra óbices no âmbito trabalhista, constitucional e cível.

Na gestão dos exames médicos, os dados relativos aos empregados devem ser tratados de forma a preservar a intimidade do empregado, devendo ser ressaltado o papel do médico do trabalho, que deve atuar à frente da seção de medicina do trabalho, analisando o ambiente laboral, efetivando exames médicos atinentes ao local de trabalho e às atividades laborativas, buscando prevenir o surgimento de doenças profissionais ou, ainda, o agravamento de doenças em razão de atividades laborativas em ambiente insalubre ou situações ergonômicas inadequadas.

O médico do trabalho deve observar os preceitos inerentes à ética médica e os procedimentos previstos na Norma Regulamentadora n. 07, efetivando exames médicos relacionados à atividade laborativa e ao ambiente de trabalho, nas admissões, durante o contrato de trabalho, nas demissões e complementares, mantendo o empregado informado sobre quais exames serão realizados e os resultados.

É importante salientar que o médico do trabalho mantém relação de médico versus paciente, inclusive na medicina ocupacional, assim, deve manter sigilo a respeito do resultado dos exames, que serão de conhecimento exclusivo do paciente. Esses dados são classificados como sensíveis e devem ser tratados de forma sigilosa, e somente podem ser acessados mediante consentimento do titular.

Os procedimentos relativos aos exames no ambiente de trabalho, quando analisados em conjunto com os avanços tecnológicos, sinalizam uma situação preocupante, pois o empregador, ao realizar os exames, tem acesso ao sangue dos empregados. A utilização indevida, para analisar as informações genéticas, que atualmente possibilitam o diagnóstico precoce de doenças, pode gerar discriminação, acarretando a demissão ou, ainda, a não admissão do empregado, por uma doença que ainda não existe, causando graves prejuízos, como o ocorrido nos Estados Unidos, em um caso que

envolveu a *Equal Employment Opportunity Commission* e a empresa *Burlington Northern Santa Fe Raiway*.

A questão foi resolvida em 2002 após acordo milionário. A discussão tratava de tentativa de discriminação genética por parte da empresa, bem como da utilização invasiva e sem consentimento da informação genética dos empregados. Um grupo de trabalhadores da empresa apresentava sintomas como formigamento das mãos e dormência, típicos da síndrome do túnel do sarpão, e foi submetido, sem consentimento, a testes genéticos com intuito de comprovar a suscetibilidade daqueles funcionários à síndrome, fato que eximiria a responsabilidade da empresa.

Conforme aqui explicitado, ainda que haja dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que buscam a garantia dos direitos fundamentais relacionados à privacidade e intimidade do trabalhador, esses não são suficientes para a promoção, em sentido amplo, desses mesmos preceitos na sociedade brasileira, o que urge a necessidade do debate acadêmico sobre a questão.

É importante acrescentar que os prejuízos decorrentes do acesso à informação não ocorrem somente na vigência do contrato de trabalho, podendo se dar após a fase contratual, como, por exemplo, impedindo o ex-empregado de ser contratado futuramente. Tem-se de ressaltar que a Lei de Proteção de Dados configura um avanço, mas não é suficiente para efetivar a proteção dos empregados, havendo a necessidade de legislação trabalhista que trate, de forma objetiva, a realização de exames preditivos relacionados ao contrato de trabalho, fixando, inclusive, as punições cabíveis, bem como garantindo aos empregados a possibilidade de escolherem o laboratório de sua confiança para a realização dos exames obrigatórios relacionados às atividades laborativas, mediante reembolso, retirando o controle absoluto do empregador, que, mesmo diante das restrições impostas aos médicos do trabalho, acabam tendo acesso aos materiais colhidos e aos resultados, fato que os empregados dificilmente conseguirão comprovar para obter a tutela do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rita Maria. *Investigações genéticas e familiares em pacientes com epilepsia no estado da Bahia*. 2015. 239 f. Tese (Doutorado em Processos Interativos dos Órgãos e Sistema) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ARAÚJO, Antonio Castro Alves de. Discriminação genética é uma ameaça ao trabalhador. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2010. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador/>. Acesso em: 2 jun. 2025.

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Marcela Modesto Fermino

Silvia Helena de Oliveira

BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6367.htm#:~:text=Art.,de%20Previd%C3%A7Ancia%20Social%20\(INPS\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6367.htm#:~:text=Art.,de%20Previd%C3%A7Ancia%20Social%20(INPS)). Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-07-atualizada-2022.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.610/1998*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.900/1999*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21202>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.373/2006*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BÚ, Maysa Amanda Aquino do. Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, DF, n. 7, p. 235-262, jan./dez. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Método, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Código de ética médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília: CFM, 2019.

CUNHA, Pricila da Silva. *Estudos moleculares de doenças genéticas humanas*. 2014. 276 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

DIAS, Elizabeth Costa *et al.* Formação, educação continuada e certificação em medicina do trabalho: uma proposta orientada pelas competências requeridas para o exercício profissional. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 6-21, jul./set. 2003.

FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUNTHER, Luiz Eduardo; PEREIRA, Cláudia Cristina. A discriminação genética no mercado de trabalho. *Administração de Empresas em Revista*. v. 1, n. 11, 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Acadêmica, 2004.

HYEDA, Adriano, et. al. Gestão da qualidade dos exames médicos do programa de saúde ocupacional da empresa: uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*. v. 12, n. 2, p. 66-72, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1974, v. XXV. (Coleção Os Pensadores).

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LUCCA, Sérgio Roberto de; KITAMURA, Satoshi. O ensino da medicina do trabalho e a importância das visitas aos locais de trabalho. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, 2012, v. 10, n. 2, p. 41-48.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Marcela Modesto Fermino

Silvia Helena de Oliveira

SILVA, Marcia Andrea Farias. *O estudo do genoma humano e sua repercussão no âmbito Laboral: os limites para a realização dos testes genéticos preditivos e acesso pelo empregador às informações genéticas do trabalhador.* 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4478/1/M%c3%a1rcia%20Andrea%20Farias%20da%20Silva%20-%2002.12.2019.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2022.

MATIAS, João Luís Nogueira (coord.). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

MELO, João Ozório de. *Lei dos EUA impede exame de DNA para evitar discriminação genética*. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/lei-eua-impede-exame-dna-evitar-discriminacao-genetica/#:~:text=Ela%20pro%C3%AAdbe%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A7%C3%A3o%20gen%C3%A9tica,futuro%2C%20de%20alguma%20doen%C3%A7a%20grave..> Acesso em: 2 jun. 2025.

MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 25, n. 5, p. 341-9, 1991.

MIRANDA, Carlos Roberto; DIAS, Carlos Roberto. PPRA/PCMSO: auditoria, inspeção do trabalho e controle social. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 224-232, jan./fev. 2004.

MURTA, Vanise Cleto. Controle médico de saúde ocupacional em tempos de esocial: consolidação das exigências das diversas normas regulamentadoras. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, ano 2, p. 248-274, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, p. 147-167, jan./dez. 2005.

PIERCE, Benjamim A. *Genética: um enfoque conceitual*. Tradução de Beatriz Araújo de Carvalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016, p. 3.

RAMOS, João Pereira. Conflito de deveres do médico de saúde ocupacional face à entidade patronal do Brasil. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 10, Supl. 2, p. S369-S375, dez. 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Parte Geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO PAULO. *Transtornos mentais relacionados ao trabalho: Orientações Técnicas para a Notificação*. São Paulo: DVST-CEREST Estadual, 2021. Disponível em: <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/Saude%20Mental%20WEB.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ariadna Fernandes; DIAS, Eduardo Rocha. Discriminação genética nas relações de trabalho: violação dos direitos a personalidade do trabalhador. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 7, n. 4, p. 155-198, 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STÜMER, Gilberto. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 155-172, jan./abr. 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1^a REGIÃO – TRT1º. Recurso Ordinário: RO0000933-92.2012.5.01.0003 RJ. 7^a Turma, Relatora Desembargadora Giselle Bondim Lopes Ribeiro, D.J. 19/05/2014. Rio de Janeiro: Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-1/122837227/inteiro-teor-122837341>. Acesso em: 15 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. Ag-AIRR-10783-91.2015.5.18.0004. 5^a Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 01/04/2022. TST, 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/e340f3aceb33df70a7b89905d2c8e8af>. Acesso em: 13 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. RR Ag-10638-06.2014.5.15.0052. 8^a Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 13/06/2022. TST, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/f773bc0c7baa9f1c14ea141fc4c1d511>. Acesso em: 13 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. Súmula nº 392. Res. 200/2015, DEJT divulgado em 29.10.2015 e 03 e 04.11.2015. TST. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#void>. Acesso em: 16 mar. 2022.

VASCONCELLOS, Luis Carlos Fadel de; PIGNATI, Wanderlei Antonio. Medicina do trabalho: subciência ou subserviência? Uma abordagem epistemológica. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, n. 4, p. 1105-1115, 2006.