

Editor-chefe

Prof. Dr. Vladimir da Rocha França – UFRN

Editores Adjuntos

Me. Igor Matheus Gomes Ferreira – UFRN

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Marcos Antônio Freire Teixeira – UFRN

Membros da comissão editorial

Prof^ª. Dr^ª. Cleide Calgaro – UCS

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier – UFRR

Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani – UnC, Santa Catarina

Prof. Dr. Manuel Munhoz Caleiro – UniBrasil

Prof^ª. Dr^ª. Maria das Graças Pinto de Britto – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – UniBrasil

Prof^ª. Dr^ª. Silvana Raquel Brendler Colombo – PUCPR

Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior – UFRN

Diagramação

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, v. 13, n.1, jan./jul.
2020.

ISSN 1982-310X

É com muito entusiasmo e orgulho que a Revista Constituição e Garantia de Direitos, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, sob a coordenação do professor Vladimir da Rocha França, traz ao público a sua mais nova edição.

Consciente dos novos valores da contemporaneidade, o fomento do debate e da pesquisa se complementa à necessidade de divulgação, assim, a Revista Constituição e Garantia de Direitos tem como pilar o desenvolvimento de um locus permanente, gratuito, ilimitado e, sobretudo, de fácil acesso.

Certamente, a divulgação do conhecimento por mecanismo tão abrangente possibilita a integração entre os diferentes programas de pós-graduação, em proveito da construção de uma rede de divulgação de experiências, na qual inexistam restrições de tempo e espaço.

Nesse sentido, a revista possui periodicidade semestral e caráter multidisciplinar visando abranger as várias áreas do saber e, desse modo, possibilitar aos docentes da UFRN e de outras Instituições de Ensino Superior, a divulgação das suas produções científicas.

Finalmente, agradecemos a todos aqueles que se empenharam para que mais um projeto do Programa de Pós-Graduação em Direito fosse consolidado.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Natal, 04 de agosto de 2020

Conselho Editorial

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A HERANÇA KANTIANA DE HANS KELSEN NA TEORIA PURA DO DIREITO6

Felipe Rodrigues Xavier

A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP 1.574.681/RS: CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO PRAGMATISMO JURÍDICO26

Vanessa Morais Kiss

CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL EM SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE47

Fabia Sabrina Lins Matias

Marcello Borba Martins Araquan Borges

DECISÕES PROGRESSISTAS E *BACKLASH*: REAÇÕES CONSERVADORAS AO RECONHECIMENTO JUDICIAL DO DIREITO DE UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL E NA COLÔMBIA66

Yago da Costa Nunes dos Santos

Isabela Santos Dias

Jaime Barreiros Neto

DISPENSA COLETIVA: A FALHA DO ESTADO EM PROPORCIONAR SEGURANÇA JURÍDICA PELA LEI 13.467/2017.....85

Karine Cordazzo

Cleber Rodrigues Ramos

Lucas Franco da Silva

INCERTEZAS FABRICADAS E O DIREITO À SAÚDE DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº34/2015 NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO	101
<i>Edith Maria Barbosa Ramos</i>	
<i>Artenira da Silva e Silva</i>	
<i>Natalie Maria de Oliveira de Almeida</i>	
LEVANDO AS MINORIAS A SÉRIO: REFORÇANDO O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS EM FACE DO LEGALISMO AUTOCRÁTICO E DO POPULISMO	121
<i>Manuela Pereira Galvão da Silva</i>	
LIBERDADE ECONÔMICA E A REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE NATAL/RN	148
<i>José Anderson Souza de Salles</i>	
<i>Vinicius Augusto Cipriano M. de Souza</i>	
O ACORDO DE PARIS E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE COMUM, PORÉM DIFERENCIADA.....	172
<i>Maria Clara de Jesus Maniçoba Balduino</i>	
O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS APLICADO AO DIREITO DO CONSUMIDOR	189
<i>Andressa Solon Borges</i>	
<i>Carlos André Maciel Pinheiro Pereira</i>	
O MARCO REGULATÓRIO DO DIREITO À SAÚDE: ESTRUTURAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE INTERNO	206
<i>Mário Augusto Silva Araújo</i>	

O NE BIS IN IDEM E O PRINCÍPIO DO DESCONTO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....232

Bráulio Gomes Mendes Diniz

SILÊNCIO CONSTITUCIONAL: A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO
ELOQUENTE PARA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988249

Arilson Garcia Gil

A HERANÇA KANTIANA DE HANS KELSEN NA TEORIA PURA DO DIREITO

Felipe Rodrigues Xavier¹

RESUMO

O artigo investiga a influência da enorme herança kantiana na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, uma das obras mais importantes da teoria jurídica do séc. XX. Partindo da cisão fundamental operada por Kelsen na filosofia kantiana em oposição ao idealismo objetivo hegeliano (a qual o jusfilósofo deve ao ambiente intelectual do neokantismo subdividido entre a Escola de Baden, mais ligada à lógica e à ciência, e a Escola de Marburgo de Hermann Cohen), o trabalho pesquisa a epistemologia da *Crítica da Razão Pura* e a doutrina ético-moral de Kant contidas na *Crítica da Razão Prática*, na *Metafísica dos costumes* e sua *Fundamentação*, e as consequências de sua adoção ou recusa parciais, principalmente na hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação do direito, na doutrina kelseniana.

Palavras-chave: Teoria Pura do Direito. Moral. Imperativo-categórico. Hermenêutica jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O artigo investiga a conexão entre os pressupostos epistemológicos da *Teoria Pura do Direito*, dominante na teoria jurídica do séc. XX, e a enorme herança da filosofia kantiana para a modernidade. Tal conexão ou se é deixada em segundo plano ou, principalmente, muitas vezes exagerada pois, de maneira geral, as variadas correntes filosóficas críticas ou reformuladoras de Kant se refletiram em perspectivas que se opuseram igualmente à *Teoria Pura* kelseniana.

Há uma cisão fundamental operada por Kelsen no âmago da filosofia kantiana, de modo que o jusfilósofo austríaco considera o Kant da *Crítica da Razão Pura* completamente diverso, senão oposto, ao mesmo Kant da *Crítica da Razão Prática*. Esta cisão se explica no ambiente intelectual vivenciado por Kelsen do neokantismo subdividido entre Escola de Baden e Escola de

¹ Mestre e bacharel em Direito (UNESP). Ex-editor da Revista de Estudos Jurídicos - REJ/UNESP. Atua também nas áreas de Direito Constitucional e Processual Civil. Advogado e Consultor. Professor de Direito. Poeta. Email: felipe.rodrigues.xavier14@gmail.com.

Marburgo, com destaque a Hermann Cohen, sendo esta última as raízes epistemológicas mais próximas de sua grande obra a ponto de Kelsen comparar as batalhas respectivas: da *Teoria Pura do Direito* contra o direito natural e da *Crítica da Razão Pura* contra a metafísica.

O artigo se inicia com esta cisão. Posteriormente, nas segunda e terceira partes do artigo, são analisados o imperativo categórico kantiano e as relações e diferenças entre ser e dever ser, elementos essenciais da doutrina ético-moral de Kant que fundamentam, por sua vez, sua doutrina jurídica. Por fim, a tentativa de Kelsen de corte do cordão umbilical entre moral e direito, ou seja, a desconsideração completa acerca de quaisquer elementos morais na compreensão do direito, resulta na aplicação ateorética – e antikantiana – de toda a *Teoria Pura*, justamente na hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação do direito, contida no capítulo VIII. Este o principal objetivo do artigo: demonstrar de que modo a recusa da moral na ciência jurídica causa seu profundo empobrecimento e, paradoxalmente em relação aos cânones positivistas, sua irracionalidade.

2 OS DOIS KANT PARA KELSEN

O grande mérito de Immanuel Kant que o faz figurar no panteão dos maiores autores da humanidade é a sua investigação e sistematização de todo o conhecimento humano. Para Kant, a razão origina-se de duas fontes diferentes em dois momentos diferentes, ambas se completando continuamente a formar aquilo a que chamamos conhecimento.

Não resta dúvida de que todo o nosso conhecimento começa pela experiência; efetivamente, que outra coisa poderia despertar e pôr em ação a nossa capacidade de conhecer senão os objetos que afetam os sentidos e que, por um lado, originam por si mesmos as representações e, por outro lado, põem em movimento a nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando assim a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Assim, *na ordem do tempo*, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento tem o seu início. Se, porém, todo o conhecimento se inicia *com* a experiência, isso não prova que todo ele derive *da* experiência. (KANT, 2001, p. 62, grifo do autor).

A *razão pura*, ou razão teórica, é formada por categorias racionais *a priori* das quais são dotados todos os seres racionais, “[...] um conhecimento assim, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos. Denomina-se *a priori* esse conhecimento e distingue-se do *empírico*, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, na experiência.” (KANT, 2001, p. 63, grifo do autor).

A razão pura independe de fins. A razão pura apenas *conhece*, se expressando em relações racionais necessárias. Como os maiores exemplos, o espaço e o tempo. “Por uma crítica assim, não entendo uma crítica de livros e de sistemas, mas da faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos a que pode aspirar, *independentemente de toda a experiência*.” (KANT, 2001, p. 31-32, grifo do autor).

A *razão prática* é formada pela experiência *a posteriori*; experiência esta, por sua vez, moldada por aquelas categorias puras *a priori*. A razão prática objetiva fins. A razão prática *quer*, se expressando em relações de obrigatoriedade.

Da razão prática, ou vontade em sentido amplo, utilizadas como sinônimos a partir de agora, derivam tanto o imperativo categórico como a vontade em sentido estrito. *A razão prática é razão que age, é razão fundamento da ação* ao conferir significado a si mesma e aos objetos da vontade, e isto em suas duas derivações. É dela que se origina a noção de *dever ser*.

Neste ponto poderia surgir o questionamento se a doutrina de Kant não seria mais outra reformulação da tradição platônica, a cisão entre teoria e prática e o mundo da caverna. Há diferenças essenciais. O *dever ser* platônico está no mundo das ideias, padrão para o *conhecimento*. O *dever ser* kantiano encontra-se na consciência humana, é a própria lei moral *a priori* da racionalidade, padrão para o *agir*. *A razão prática de Kant age, a razão prática é vontade* que possui finalidades, ou seja, *objetiva modificar o mundo*.

Eis a cisão das filosofias antiga e medieval para a moderna. Por isto o *criticismo* kantiano, por isto suas principais obras são *Críticas*. À cisão filosófica corresponde a cisão de mundo entre Idade Média e Modernidade, entre o absoluto e a consciência², cuja primeira revelação se dá ainda antes de Kant com o Hamlet de Shakespeare.

*Vontade*³, ou o âmago de toda a doutrina kantiana da ética (em sentido amplo, abarcando moral e direito), é a capacidade racional, “[...] só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*.” (KANT, 2007,

² O imperativo categórico, máximo critério da moralidade, independe da religião, da ciência, da política, etc., residindo na consciência humana. *O homem como centro do universo*.

³ Vontade que também origina o contrato social. Veja-se a conceituação de Kant através dos conceito de *liberdade* (exterior, jurídica e obrigacional) e de *vontade*: “Há que se explicar minha liberdade exterior (jurídica) como sendo a faculdade de não obedecer a nenhuma lei exterior a não ser que tenha dado eu o consentimento. Desta forma, *a igualdade exterior (jurídica)* em um Estado *consiste na relação entre os cidadãos segundo a qual ninguém pode impor ao outro uma obrigação jurídica sem submeter-se, ele mesmo, também a esta e poder ser, da mesma maneira, obrigado*.” (KANT, 2006, p. 67, grifo nosso).

p. 47, grifo nosso). Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*⁴, ou *Crítica da razão pura prática*, Kant (2007, p. 47) a define como a *própria razão prática*: como não possui fundamento determinante, a vontade é ela mesma *fundamento das ações*, a *razão que faz derivar as ações das leis morais*.

Uma ação praticada *por dever* tem o seu valor moral, *não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina*; não depende portanto da realidade do objeto da ação, mas somente do *princípio do querer* segundo o qual a ação, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada. *Que os propósitos que possamos ter ao praticar certas ações e os seus efeitos, como fins e móveis da vontade, não podem dar às ações nenhum valor incondicionado, nenhum valor moral, resulta claramente do que fica atrás.* (KANT, 2007, p. 30, grifo nosso).

O próprio Kelsen afirma a fundamentação da Teoria Pura do Direito na epistemologia da *Crítica da razão pura* e a completa recusa, justificada na alegação de quebra de fidelidade, da doutrina moral e ética de Kant (contidas *Crítica da razão prática*, na *Metafísica dos costumes* e sua *Fundamentação*, principalmente):

É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se assenta na filosofia kantiana ou, mais precisamente, na interpretação coheniana dessa filosofia. [...] *Assim como a filosofia transcendental de Kant se erige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se erige contra o direito natural*, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica. [...] Na medida que a Teoria Pura do Direito tentou, de maneira totalmente inédita, apresentar a filosofia de Kant como uma teoria do direito positivo (em oposição a Stammler, ainda muito ligado à teoria do direito natural) ela foi, em um certo sentido, além do pensamento de *Kant que, em sua doutrina do direito, abandona o método transcendental.* (KELSEN apud MATOS, 2004, p. 38, grifo nosso).

Cohen é neokantiano da Escola de Marburgo. A fundamentação da Teoria Pura limita-se, quanto à doutrina kantiana, na filosofia transcendental, mas não transcendente, da *Crítica da razão pura* (os conceitos e categorias *a priori*, totalmente reformulados na Teoria Pura). Kelsen reafirma o paralelo de objetivos entre a Teoria Pura, de combate contra o direito natural, e a *Crítica da razão pura* contra a metafísica.

⁴ “Pode-se chamar empírica a toda a filosofia que se baseie em princípios da experiência, àquela, porém cujas doutrinas se apoiam em princípios a priori chama-se filosofia pura. Esta última, quando é simplesmente formal, chama-se Lógica; mas quando se limita a determinados objetos do entendimento chama-se Metafísica. Desta maneira surge a ideia duma dupla metafísica, uma Metafísica da Natureza e uma Metafísica dos Costumes.” (KANT, 2007, p. 14). Ou seja, filosofia empírica é a baseada na experiência, *a posteriori*, enquanto filosofia pura é a fundamentada nos princípios *a priori*. A filosofia pura divide-se em formal (Lógica) ou limitada a algum âmbito da racionalidade pelo qual recebe seu nome (Metafísica da Natureza e Metafísica dos Costumes).

No entanto, o paralelo termina aí. Kelsen não deve a Kant muito mais do que qualquer outro pensador da modernidade, se considerarmos Kant o principal “artífice filosófico” deste período. Isto porque Kelsen acredita que há uma ruptura entre as doutrinas kantianas epistemológica, de um lado, e a moral e jurídica, do outro, tendo nestas últimas Kant renunciado ao método transcendental. Por conseguinte, para Kelsen, neste âmbito a doutrina de Kant é somente outra *metafísica*.

Ora, aqui a concepção de *metafísica* torna-se decisiva:

Para Kant, por “metafísica” entende-se a filosofia pura *a priori*, independente da experiência e da vontade, limitada a algum objeto do entendimento humano. Desta forma, há tantas “metafísicas” quanto os objetos da filosofia pura, exemplificando-se com a Metafísica da Natureza e a Metafísica dos Costumes (KANT, 2007, p. 14).

Para Kelsen, por “metafísico” entende-se tudo o que não pode ser medido em algum padrão calculável, tudo o que não pode ser *demonstrado*. Kelsen é, antes de tudo, *cientificamente positivista*, e no estrito positivismo científico não lhe são admissíveis os conceitos *a priori* bem como a *vontade* da filosofia de Kant. Não lhe sendo compreensíveis, resta a Kelsen somente inabilitá-los como *metafísicos*, acusando Kant de incorrer nas mesmas falhas dos jusnaturalistas.

A partir desta diferenciação, torna-se possível verificar alguns erros na interpretação kelseniana de Kant.

Pois bem,

A filosofia moral ‘aplicada ao homem, não vai buscar, o mínimo que seja, ao conhecimento do mesmo homem (antropologia), mas dita-lhe, enquanto ser racional, leis *a priori*’. *O conhecimento da razão designado como ética ou filosofia moral é legiferante. A ética e a moral, o conhecimento e o seu objeto são, assim, identificados. É esta a consequência do conceito de razão prática.* Tal consequência revela-se bem no fato de Kant, assim como identifica a ética com a moral, identifica a ciência jurídica com o direito. Diz ele: ‘O conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa chama-se teoria do direito (*ius*). Se uma tal legislação é efetiva (*wirklich*), aquela será uma teoria do direito positivo’. (KELSEN, 2001, p. 128, grifo nosso).

Ora, “ética” e “moral” não são identificadas, não *totalmente*. Isto está claríssimo em Kant, sendo “ética” (em sentido *amplo*) o conjunto de normas morais que abarcam tanto a doutrina da “moral” (em sentido *estrito*) como do direito. Os termos “ética” e “moral” não são sinônimos como faz pretender Kelsen. Aliás, da primeira frase grifada acima (“*o conhecimento da razão designado como ética ou filosofia moral é legiferante*”) não decorre a segunda (“*a ética e a moral, o conhecimento e o seu objeto são, assim, identificados*”). Nem tampouco na doutrina kantiana “ética” refere-se à ciência e “moral” ao conteúdo. Trata-se da organização aristotélica.

Do mesmo modo, o conceito kantiano de *vontade*:

Para poder atribuir à vontade a ‘liberdade’ da razão frente aos seus juízos, ou seja, portanto, a liberdade da razão cognoscente, Kant tem de identificar à vontade com a razão. A razão identificada com a vontade é a razão prática. Kant acentua repetidas vezes que a razão prática é vontade. Diz ele: ‘A vontade não é senão razão prática’. Ele equipara a ‘razão prática’ à ‘vontade’ aditando à expressão ‘razão prática’, entre parêntesis, a palavra ‘vontade’. E somente porque vê na razão prática a vontade é que ele pode figurar esta razão como legisladora. (KELSEN, 2001, p. 124).

Quanto à razão prática ser vontade não há dúvidas. No entanto, a *razão não é prática*, somente ou, em outras palavras, a *razão não é apenas vontade*. Kant não limitou-se à *Crítica da razão prática*, deixando bastante claro que a razão é *una*: a enorme tarefa de investigar como se dá a entendimento humano não poderia ser realizada sem alguma organização dos tópicos, alguma organização teórico-racional das principais *fontes* do entendimento humano que para Kant, como é óbvio, são a *razão pura* e a *razão prática*, ambas estando umbilicalmente ligadas ou sendo, de fato, a Razão una, “[...] pois no fim das contas trata-se sempre de uma só e mesma razão, que só na aplicação se deve diferenciar.” (KANT, 2003, p. 18, grifo nosso).

Vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal. Segundo este princípio são rejeitadas todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade. A vontade não está pois simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como legisladora ela mesma. (KANT, 2007, p. 72, grifo do autor).

Da citação acima depreende-se que tanto a *vontade* como a *lei moral* são fundamentos da ação e, deste modo, consideradas *legisladoras* universais porque pertencentes a todo ser racional. A “legislação” aqui diz respeito ao âmbito moral e racional mais primário do ser humano e não, logicamente, à questão jurídica a qual, por sua vez, deriva de ambas. Inclusive, entre as duas, a vontade encontra-se *submetida* à lei moral e o imperativo categórico não é nada mais, nada menos, que o critério para se saber se esta vontade está contida ou se pode se tornar ela mesma a própria lei moral.

Kelsen omite ou altera decisivamente questões essenciais da doutrina kantiana, chegando ao extremo de acusar a razão prática (vontade) de *teológica-religiosa*⁵. Os evidentes equívocos

⁵ “A normação, a legislação, não é, porém, uma função do conhecimento. Com a fixação de uma norma não se conhece um objeto já dado, tal como ele é, mas exige-se algo que deve ser. Neste sentido, a normação é uma função do querer, não do conhecer. Uma razão normadora é ao mesmo tempo uma razão cognoscitiva e querente, é, simultaneamente, conhecer e querer. Estamos em face do conceito em si contraditório de *razão prática*, que desempenha um papel decisivo não só na teoria do direito natural concebida como teoria do direito racional, mas ainda na ética. *Este conceito de razão prática é de origem teológico-religiosa.*” (KELSEN, 2001, p. 116, grifo nosso).

interpretativos de Kelsen sobre Kant em pontos essenciais (o que são “ética” e “moral” e suas relações, bem como a razão prática e a vontade) interferem radicalmente na *Teoria Pura do Direito* e na ciência jurídica desde então.

3 O IMPERATIVO CATEGÓRICO

O imperativo⁶ categórico⁷, dentre algumas versões, “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (KANT, 2007, p. 59), é o princípio fundamental da doutrina moral (e jurídica) de Kant. O imperativo categórico pressupõe conhecimentos inatos e *a priori* da racionalidade, independentes da experiência e da vontade⁸. A partir deles o ser racional homem torna-se capaz de compreender se a própria ação pode ser estendida objetivamente a todos os seres racionais como norma moral válida⁹.

O imperativo categórico, portanto, é o critério fundamental, a medida maior, o *teste*, enfim, que toda ação racional tem de passar para se saber moralmente boa ou moralmente má.

A lei moral, segundo Kant, é de *per si* evidente a qualquer ser racional, o que em verdade o caracteriza como racional. Portanto, as faculdades racionais inatas ao homem tornam-no capaz,

⁶ “A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever* (*sollen*), e mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade.” (KANT, 2007, p. 48).

⁷ “Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. [...] No caso de a ação ser apenas boa como *meio* para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico* [...] O imperativo hipotético diz pois apenas que a ação é boa em vista de qualquer intenção *possível* ou *real*. No primeiro caso é um princípio problemático, no segundo um princípio assertórico-prático. O imperativo categórico, que declara a ação como objetivamente necessária por si, independentemente de qualquer intenção, quer dizer sem qualquer outra finalidade, vale como princípio apodítico (prático).” (KANT, 2007, p. 50-51).

⁸ “Mas que lei pode ser então essa, cuja representação, *mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar à vontade para que esta se possa chamar boa* absolutamente e sem restrição? Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal.*” (KANT, 2007, p. 33, grifo nosso). “O imperativo é categórico. *Não se relaciona com a matéria da ação* e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva [...] este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.” (KANT, 2007, p. 52, grifo nosso).

⁹ “Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então deves rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal.” (KANT, 2007, p. 35).

independentemente de sua vontade, de compreender quando sua máxima torna-se possível de se transformar em lei universal¹⁰.

Pois bem, Hans Kelsen afasta a possibilidade desta lei moral *a priori*, padrão supremo tanto para a ética como para o direito e a vontade, como metafísica. Kelsen *relativiza* esta lei moral. “Mas, de que máxima devo eu querer e de que máxima devo eu não querer que ela se torne numa lei universal? A esta questão não dá o imperativo categórico qualquer resposta.” (KELSEN, 2001, p. 61). A pressuposição fundamental de Kelsen a partir da qual ele altera o imperativo categórico de lei moral para *fórmula de vontade*, pedra de toque para todas as críticas e refutação da doutrina moral e jurídica de Kant, é esta:

Se, efetivamente, como parece ser o caso, segundo a fórmula citada, se tratasse de saber se nós *podemos* querer que aquilo que nos propomos a nós próprios como regra do nosso agir se transforme numa lei universal, então o imperativo categórico não conduziria necessariamente a uma atuação moralmente boa. Com efeito, um homem pode de fato querer de toda e qualquer máxima que ela se transforme numa lei universal. (KELSEN, 1998, p. 21-22).

Em Kelsen¹¹, o imperativo categórico transmuta-se de *máximo dever moral de adequação* para *vontade*, utilizando-se para tanto numa versão do imperativo categórico do próprio Kant ligeiramente modificada: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza.” (KANT, 2007, p. 59, grifo do autor). “É, assim, patente que, com o ‘poder querer’ do imperativo categórico, se quer significar um ‘dever querer’, que o verdadeiro sentido do imperativo categórico é: ‘atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal.’” (KELSEN, 1998, p. 26, grifo nosso).

Segundo Kelsen, o imperativo categórico como fórmula racional sofre da mesma incapacidade destas outras fórmulas: a de ser uma espécie de *lacuna* preenchida contingencialmente por qualquer solução imaginável, não deduzível da generalidade da fórmula

¹⁰ “Máxima é o princípio subjetivo da ação e tem de se distinguir do *princípio objetivo*, quer dizer da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou as suas inclinações), e é portanto o princípio segundo o qual o sujeito *age*; a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele *deve agir*, quer dizer um imperativo.” (KANT, 2007, p. 58, grifo do autor).

¹¹ “Este imperativo (*categórico*) não é propriamente pensado como uma norma de justiça, mas como um princípio geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça.” (KELSEN, 2001, p. 56), o que acaba por resultar na mesma consequência: o imperativo categórico é o critério supremo da moralidade racional para julgar as condutas humanas, inclusive as que lidarem com a justiça como a atividade legislativa, por exemplo.

categorica, e que geralmente, se não invariavelmente, conduz a algum valor absoluto¹² de pessoas, grupos e sociedades concretas disfarçado sob aquela forma universal.

Contudo, a questão decisiva para qualquer ética, *a questão de saber qual seja o conteúdo da lei universal com a qual a máxima deve conformar-se, permanece par responder.* Também do imperativo que manda agir de acordo com uma lei universal cujo conteúdo não é indicado não se pode deduzir qualquer norma moral que prescreva uma determinada conduta. (KELSEN, 2001, p. 61, grifo nosso).

O imperativo categórico não qualifica as máximas, quais são boas e quais são más. Neste sentido, nada obstaria ao suicida ou ao egoísta dos exemplos kantianos de elevarem sua máxima de suicídio ou egoísmo como lei universal.

A interpretação kelseniana do imperativo categórico apenas se torna possível com a eliminação do elemento *a priori* da lei moral.

Sem ela, a lei moral¹³, só lhe resta o relativismo filosófico:

À luz da *teoria do conhecimento de Kant (a que ele claramente não se mantém fiel na sua ética)*, mandaria a coerência dizer que uma *ciência* da moral de forma alguma pode responder a esta questão (*o que é bom e o que é mau*), que aquela só pode determinar sob que condição ou pressuposto lógico são possíveis os juízos de que algo é bom ou mau, e que tal condição é: *pressuporem-se como válidas normas gerais que prescrevem uma determinada conduta humana.* (KELSEN, 1998, p. 28, grifo nosso).

Kelsen acusa Kant de não ter se mantido fiel à teoria do conhecimento na sua doutrina ética (que engloba a moral, direito e o imperativo categórico), e por isto a recusa.

4 SER E DEVER SER

A distinção entre ser e dever ser também se encontra em Kelsen, embora completamente modificada. Kelsen pretende, assim como na separação entre ciência e política, erigir em absoluto as categorias do ser (*Sein*) e do dever ser (*Sollen*), dogmatizando a cisão como condição mesma

¹² O termo “lacuna” foi propositadamente escolhido para relacionar esta questão moral com a questão dogmática das lacunas do direito positivo, onde Kelsen assume a posição exatamente oposta de inexistência das lacunas. *contradição?*

¹³ “Kant crê poder demonstrar que não podemos querer que muitas máximas se transformem em lei universal, procurando mostrar que a vontade de elevar a uma lei universal uma máxima imoral, ou seja, uma máxima que Kant de antemão pressupõe como imoral, ou a lei a que esta máxima é elevada, ‘se contradiria a si própria’.” (KELSEN, 2001, p. 57). Portanto, sem esta *lei moral* anterior e suprema, qualquer máxima, mesmo se imoral, não teria com o que se contradizer, podendo se elevar como lei universal.

para a ciência jurídica normativista. Ora, no normativismo o *dever ser* é simplesmente normativo, referindo-se às *normas* como objeto específico da ciência jurídica. Despido da qualidade de fundamentação da própria ética (em sentido amplo, englobando moral e direito) *a priori*, caráter ininteligível ao positivismo de Kelsen e por este motivo repetidamente rejeitado, o *dever ser* normativo assume o perfil lógico-formal tão identificado com o normativismo kelseniano.

A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido. (KELSEN, 2009, p. 113-114, grifo nosso).

Ou seja, a Teoria Pura tem por objeto único e exclusivo o *dever ser normativo* compreendido como *norma*.

Assim *fenomena* e *noumena*, os reinos do ser e *dever ser*, respectivamente, são completamente abandonados. Como já analisado, enquanto o *ser* kantiano refere-se antes à razão pura *a priori*, ou categorias inatas à racionalidade independentes da experiência e da vontade, o *dever ser*, por sua vez, trata da razão prática como gênero ético que fundamenta moralmente as ações humanas, dela derivando as espécies moral e direito.

A separação decisiva entre Kant e Kelsen neste aspecto dá-se no *dever ser*. Como explícito na citação de Kelsen colacionada acima, para o normativista austríaco o *dever ser* é apenas *jurídico*, não fundamentando nada a não ser *normas*. Enquanto nesta concepção muito mais estreita o *dever ser* é um *ato de poder* (do legislador ou do juiz, mas não da ciência jurídica) que impõe a norma, o *dever ser* kantiano, ao invés, é dado racionalmente *a priori* e oferece a obrigatoriedade “ética” (“normatividade” em sentido amplo) das normas morais e jurídicas, também fundamentando eticamente as ações humanas. A única semelhança restante entre a doutrina de ambos é a localização do direito no âmbito do *dever ser* (*noumena*).

Kelsen exemplifica suas noções de *ser* e *dever ser* por meio da sociologia e da ciência jurídicas, ao rebater as críticas sobre a impossibilidade de uma ciência normativa do *dever ser* como “ilusão ideológica”, não sendo, portanto, mais que outra forma de sociologia jurídica disfarçada:

A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos. Ela pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um

legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica. Assim, não é, a bem dizer, o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes certos *fenômenos paralelos da natureza*¹⁴. (KELSEN, 2009, p. 113, grifo nosso).

Segundo Larenz, “a mais importante objeção que tem de consentir a Teoria Pura do Direito é a de que Kelsen não consegue manter ‘a disparidade absoluta entre ser e dever ser’.” (LARENZ, 1997, p. 98, grifo nosso). A objeção mostra toda a sua força em dois momentos decisivos da Teoria Pura. Primeiramente, na norma hipotética fundamental, o dever ser lógico, a qual possui relações de interdependência para com o ordenamento jurídico, o ser. Deste modo, enquanto o ordenamento tem como fundamentação lógica-formal a norma hipotética, esta, por sua vez, sem o ordenamento jurídico é despojada de qualquer função. Em segundo lugar, e mais importante, ser e dever ser destroem-se mutuamente no momento crucial da aplicação do direito pois a decisão independe do *dever ser normativo*.

Ainda segundo Larenz (1997, p. 98), a objeção da não separação absoluta entre ser e dever ser nunca foi refutada por Kelsen, chegando a colacionar autores que não encontram na obra do normativista austríaco *nenhuma* definição da expressão “dever ser”, enquanto outros constatarem nada mais, nada menos, que *dezoito* definições (LARENZ, 1997, p. 100).

Em realidade, Kelsen não discorre duas linhas sobre o significado filosófico de “dever ser” utilizado na Teoria Pura; significação que teria de ir forçosamente para além do conceito kelseniano de *norma*. Afirma ser tão óbvio que não necessita de nenhuma explanação¹⁵ já que nos é “dada imediatamente à nossa consciência. Ninguém pode negar que daquilo que é não pode concluir-se aquilo que deve ser, assim como daquilo que deve ser não pode concluir-se aquilo que é.” (KELSEN apud LARENZ, 1997, p. 94), o que se aproxima demais, se é que não se confunde aqui, com as categorias do conhecimento *a priori* de Kant tantas vezes rejeitadas como “metafísicas”.

¹⁴ “A ‘teoria pura do Direito’ apreende, pois, o conteúdo jurídico do sentido de um certo evento - que, como tal, é ‘um fragmento da natureza’, portanto, ‘determinado por leis causais’ -, ao subsumi-lo a uma norma jurídica que retira a sua validade de ter sido ‘produzida’ de acordo com outra norma situada acima daquela. Em compensação, a ‘teoria pura do Direito’ abandona o aspecto fático desse acontecer - por exemplo, os intuítos e os motivos do legislador, bem como os efeitos da regulamentação que estabelece - a outra ciência, que é a sociologia do Direito como ‘ciência de fatos’. O que cai sob a alçada desta última não é verdadeiramente o próprio Direito, mas sim, certos fenômenos paralelos da natureza.” (LARENZ, 1997, p. 95).

¹⁵ “A distinção entre ser e dever ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência.” (KELSEN, 2009, p. 6).

5 JUSTIÇA E MORAL: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

A separação entre moral e direito obedece A duas exigências.

A exigência metodológica trata da separação entre direito e ciência do direito. Ora, a ciência do direito é qualificada como tal por ter seu objeto específico, a *norma*, e metodologia própria, a teoria pura com a qual Kelsen pretende dotá-la. Ciência do Direito e a *Teoria Pura do Direito* se confundem. Outros elementos que sem dúvida e segundo o próprio Kelsen são essenciais para a compreensão do fenômeno jurídico, como moral e justiça, são deslocados da *ciência* para o que ele chama de *política jurídica*, numa consequência direta da opção epistemológica de absoluta separação entre ciência e política.

A exigência filosófica diz respeito à compatibilização entre o positivismo jurídico e o relativismo filosófico, refutando-se no direito qualquer padrão normativo de justiça (que dê significado às normas positivas) por haver uma multiplicidade de conceitos, ideais ou valores de justiça, nenhum melhor ou mais importante que qualquer outro.

Portanto, o fundamento de validade das normas positivadas não é, ou não deve ser, a identificação com normas de justiça, mas segundo critérios formais de produção normativa da própria ordem jurídica. “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a Moral*.” (KELSEN, 2009, p. 75, grifo do autor). Neste passo, Hans Kelsen é indiscutivelmente representante do positivismo jurídico *exclusivo*.

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, *do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever [...] a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo como valor jurídico por ele descrito.* (KELSEN, 2009, p. 77, grifo nosso).

Assim, à relação entre moral e direito correspondem aproximadamente 10 páginas de cerca de 400 da edição definitiva da *Teoria Pura*.

Moral e direito, na ciência jurídica, são completamente apartadas e independentes. Isto significa que a validade da norma jurídica está na própria ordem jurídica e não na ordem moral; do

mesmo modo, a norma moral não deixa de ser válida no âmbito moral por não ser ou não estar refletida na ordem jurídica.

Uma moral, uma justiça sendo impossível a demonstração de todos os valores de moral e justiça, bem como a definição dum critério de preferência de determinado valor, como defende o relativismo filosófico, apenas resta ao teórico e aplicador do direito o afastamento de qualquer consideração sobre a moral e a justiça em seu ofício, renunciando a qualquer racionalidade jurídica que as integre.

O relativismo filosófico causa a mesma consequência da moral para a justiça.

A rejeição radical de Kelsen de qualquer teoria da justiça se situa, de maneira singular, na tradição de um filósofo que conhece um conceito moral de direito (natural) e o desenvolve com detalhes: Kant. Mas Kelsen é marcado por aquela tradição do neokantismo cujo *pathos* científico não tem mais lugar para o conceito de direito (natural) moral de Kant. Esta tradição só reconhece mais, da obra de Kant, a validade da crítica da razão especulativa e não mais da crítica da razão prática. Além disso, esta tradição vê a primeira crítica da razão apenas como teoria do conhecimento e fundamentação de ciências positivas e não [...] como uma preparação suplementar da crítica da razão prática. (HOFFE, 2005, p. 99).

A validade da norma jurídica independe de seu conteúdo e, especialmente, da justiça ou injustiça deste conteúdo, de compatibilidade dele com qualquer conceito ou ideal de justiça. Neste ponto não há ruptura com a ciência jurídica anterior: de fato, o enfraquecimento da dicotomia entre “justiça” e “direito ocorre com as codificações do século XIX e a ciência jurídica que lhe seguiu. Kelsen apenas reafirma esta ruptura segundo a sua própria doutrina¹⁶.

No direito, a questão da justiça é deslocada de qualidade da norma jurídica para qualidade “do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o respectivo sentido.” (KELSEN, 2001, p. 45; KELSEN, 1998, p. 9). Ora, o “ato pelo qual a norma é posta” é totalmente irrelevante para a Teoria Pura do Direito, fuge aos seus limites autotraçados, já que ela trata apenas da norma em si. A questão do “ato” é de política jurídica.

Em síntese,

¹⁶ Inclusive, para tanto, Kelsen mais uma vez repele a doutrina moral e jurídica de Kant. Tanto a questão da justiça importava no pensamento do filósofo que afinal propôs fórmulas para ações e leis serem consideradas justas. Enuncia assim o princípio fundamental do direito público: “São injustas todas as ações que se referem ao Direito de outros homens cujos princípios não suportam a publicação’. Não é necessário considerar este princípio como um mero princípio ético (pertencente à doutrina da virtude), mas faz-se mister *considerá-lo também como um princípio jurídico* (que afeta o Direito dos homens).” (KANT, 2006, p. 110, grifo nosso). Revelando o iluminismo de sua doutrina jurídica, faz depender a justiça da publicidade do direito. Outro princípio do direito público, transcendental e positivo: “Toda as máximas que necessitam a publicidade (para não fracassar em seus propósitos) concordam com o Direito e a Política ao mesmo tempo’.” (KANT, 2006, p. 115).

Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma - e isto importa acentuar sempre - que não haja qualquer justiça, mas que de fato se pressupõem muitas *normas de justiça*, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada - e em regra, o é de fato - pela representação de qualquer das muitas noções de justiça. Especialmente, *não nega que toda ordem jurídica positiva - quer dizer, os atos através dos quais as suas normas são postas - pode ser apreciada ou valorada segundo uma destas formas de justiça, como justa ou injusta [...] Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em qualquer das muitas normas de justiça, pois não pode dar a qualquer delas preferência sobre as demais.* (KELSEN, 2001, p. 101, grifo nosso).

Quase toda a ciência jurídica desde então se constitui em variadas tentativas que procuram, cada uma a seu modo, a racionalização da produção e do discurso jurídicos aliada principalmente à justificação moral das opções jurídico-políticas.

A operação realizada por Kelsen para a retirada do cordão umbilical do direito à moral resulta na aplicação ateorética do direito. O capítulo oitavo consagrado à hermenêutica jurídica nos deixa *sem resposta alguma sobre como o aplicador procede ou deveria proceder para a solução hermenêutica do direito*. Não há qualquer fundamentação para o saber hermenêutico do direito¹⁷, enorme *lacuna* da Teoria Pura, a sua *herança maldita*, não obstante passar despercebida pela maior parte da ciência jurídica nacional.

No momento mais importante e decisivo, aquele da interpretação do direito, Kelsen admite abertamente a irracionalidade, independente de qualquer lastro moral ou mesmo jurídico, ao admitir a possibilidade de aplicação da norma jurídica fora de suas possibilidades normativas contidas na moldura.

Importa notar que, *pela via da interpretação autêntica*, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, *não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma*, como também *se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura* que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 2009, p. 394, grifo nosso).

A constatação revela-se de suma importância. A licença para a aplicação duma possibilidade normativa exterior à moldura é, juridicamente, ilimitada. Trata-se, sem dúvidas, duma “carta branca” dada ao intérprete autêntico sem as fronteiras esboçadas pela moldura

¹⁷ “Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático [...] sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contrassenso falar em *verdade* hermenêutica? Enfrentar essa questão constitui o que chamaríamos, então, de o *desafio kelseniano*.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 230, grifo nosso).

normativa. Kelsen não justifica esta sua posição ou, melhor dizendo, mera constatação decorrência lógica da Teoria Pura, muito menos esclarece sob quais condições ela se verifica, o *quando* e o *porquê*, muito provavelmente porque a aplicação do direito independe, ora, do direito (positivo) em qualquer situação.

Ora, a interpretação autêntica, aquela que cria o direito, materializa-se num ato dúplice, misto de conhecimento e vontade. Pois bem, segundo os pressupostos epistemológicos de Kelsen, a vontade estaria fora da esfera da ciência e do dever ser, pertencendo à esfera política do ser, e por esta razão não cuida dela na questão da interpretação autêntica e assim permanece fiel à sua base científica. No entanto, eis aqui o paradoxo inafastável de toda a Teoria Pura do Direito: a criação da norma inferior ou a aplicação de uma possibilidade normativa exterior à moldura jurídica esboçada pela norma superior rompe este mesmo postulado metodológico de separação entre ser e dever ser, entre ciência e política, entre a ciência jurídica e a sociologia, a religião, a ideologia, etc., e de certo modo o inverte: a questão já não é mais sobre a *validade da norma* (conferida pelo *dever ser* normativo e que independe do cumprimento ou descumprimento desta norma), mas sim sobre a *eficácia da norma*, pertencente ao mundo do *ser*, já que pela *vontade* o intérprete autêntico cria, de fato, direito exterior não pressuposto, independente, enfim, daquele dever ser normativo.

Por esta razão, “[...] a teoria pura do Direito, que postula a indedutibilidade do dever ser de um ser, acaba, porém, na faticidade.” (LARENZ, 1997, p. 98). Se o *dever ser* não pode ser deduzido do *ser*, ou seja, *a norma não pode ser deduzida do fato* (pressuposto básico do normativismo), *tampouco o ser pode ser deduzido do dever ser*, já que pode fugir a este. O vácuo então existente é criado e preenchido pela *vontade* do intérprete autêntico.

Sim, a aplicação jurídica passaria a ser tratada, simplesmente, como uma questão de eficácia do Direito, ou seja, da aplicação ou não das normas jurídicas, e não mais como uma questão de validade do Direito, isto é, de como a aplicação do Direito, segundo o próprio Direito, deve dar-se; uma confusão entre o nível do ‘ser’ e o nível do ‘dever-ser’ que a Teoria Pura tanto procurou evitar. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 142).

Kelsen cai novamente em contradição. Aliás, a rigor não há qualquer contradição no discurso da Teoria Pura, pois ele omite o problema que, no entanto, permanece latente: Se não há método capaz de extrair do dever ser normativo a resposta correta, se a resposta correta é uma ilusão e, portanto, apenas existem possibilidades normativas, como verificar estas possibilidades e como saber se de fato todas elas estão contidas na moldura? De que modo então é possível

classificar a norma inferior produzida pela interpretação autêntica como interior ou exterior à moldura?

Todas estas perguntas fundamentais ficam sem respostas.

Kelsen apenas discorre que na interpretação autêntica, principalmente no elemento volitivo desta, adentram certamente “outras normas” de moral, justiça, etc., mas não sendo normas jurídicas, a ciência do direito positivo nada pode dizer sobre sua “validade e verificabilidade”, limitando-se a admitir sua existência e influência na norma final.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. [...] Relativamente a este, a *produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre*, isto é, *realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato*. (KELSEN, 2009, p. 393, grifo nosso).

Por outro lado, Kelsen constata que, em decorrência, a norma gerada pela interpretação autêntica cuja escolha se deu por alguma possibilidade normativa de *fora da moldura* pode, como qualquer outra, tornar-se precedente, adquirindo assim generalidade e vinculatividade se não for anulada pelo Tribunal de última instância.

Este exemplo de grandes repercussões nos oferece uma visão privilegiada tanto acerca das consequências possíveis e de fato existentes da hermenêutica da Teoria Pura, ainda mais perniciosas em países periféricos de baixa tradição democrática e constitucional, quanto de sua fragilidade perante os próprios pressupostos científicos da Teoria Pura do Direito. A doutrina hermenêutica contida na Teoria Pura, mormente a interpretação autêntica e seu elemento volitivo, “[...] é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional.” (LARENZ, 1997, p. 108). Como última consequência, é exatamente este elemento volitivo, a *vontade*, que de fato produz ou aniquila o direito, legitima-o ou deslegitima-o, indiferente a qualquer dever normativo, independentemente de qualquer teoria ou ciência.

Por esta razão o positivismo normativista de Hans Kelsen permanece tão forte. *Ele traz sub-repticiamente muito do que, erroneamente, considera-se como seu antídoto*. Pode-se dizer que a conclusão da Teoria Pura do Direito expressa na hermenêutica jurídica do capítulo oitavo seja apenas outra forma mais sofisticada de defender os postulados do movimento do direito livre, o

qual propunha a liberdade total do intérprete e aplicador. À hora da aplicação do direito vale tudo, os juristas estão livres.. da lei. Curiosamente uma das escolas de combate ao positivismo exegético, abrindo caminhos para o normativismo de Kelsen e que hoje apresenta força em suas variadas formas de correntes voluntaristas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Immanuel Kant realiza na filosofia o que Nicolau Copérnico realizou na astronomia, aproximação notada pelo próprio filósofo de Königsberg (2001, p. 49). Se Nicolau Copérnico desconstruiu de maneira irreversível o milenar sistema ptolomaico adotado pela Igreja Católica, substituindo a Terra pelo sol como centro da ordem planetária, Kant faz a filosofia voltar-se totalmente para a mente humana, o modo de seu funcionamento, enfim, *como* é possível o conhecimento e *como* o ser humano, ser racional, conhece. Em suma, a razão humana de si para si mesma, destituída de qualquer consideração mística ou religiosa¹⁸. Eis a decisiva contribuição de ambos para o humanismo, na secularização do mundo projetada pela modernidade.

Na revolução copernicana operada por Kant, o sujeito cognoscente é o centro solar do universo racional em torno do qual giram os objetos cognitivos. Há a definitiva cisão no pensamento moderno entre sujeito e objeto, diferenciando a metafísica moderna da clássica. O conhecimento apenas é possível a partir desta separação entre o que conhece e o que é conhecido.

Somente com esta cisão entre sujeito e objeto do conhecimento torna-se possível para Hans Kelsen construir a *Teoria Pura do Direito*, onde cabe ao *sujeito* da interpretação não autêntica conhecer e descrever o *objeto* específico de sua ciência, a norma. Aí está a pequena grande herança de Kant para Kelsen: *pequena* pois, como vimos, da enorme obra kantiana Kelsen serve-se apenas da epistemologia, afastando veementemente a doutrina moral de estreitíssima conexão com o direito; *grande*, pois esta é a operação mais fundamental na filosofia do Ocidente desde os gregos, da qual Kelsen não poderia passar imune e também da qual a sua Teoria Pura depende. Longe de

¹⁸ “Nunca posso, portanto, nem sequer para o uso prático necessário da minha razão, *admitir Deus, liberdade e imortalidade*, sem ao mesmo tempo *recusar à* razão especulativa a sua pretensão injusta a intuições transcendentais, porquanto, para as alcançar, teria necessariamente de se servir de princípios que, reportando-se de fato apenas aos objetos de experiência possível, se fossem aplicados a algo que não pode ser objeto de experiência, o converteriam realmente em fenômeno, desta sorte impossibilitando toda a *extensão prática* da razão pura. Tive, pois, de suprimir *o saber* para encontrar lugar para *a crença*.” (KANT, 2001, p. 53).

ser exclusiva, Kelsen compartilha a herança epistemológica de Kant com a própria modernidade, enfim.

Por outro lado, a Teoria Pura do Direito é toda ela, basicamente, conceitual. O discurso kelseniano constrói-se em definições e distinções entre conceitos; conceitos puros dados *a priori*, independentes da experiência, como a *norma* e a *norma hipotética fundamental*, residindo aí outra influência do pensamento de Kant.

O mestre de Königsberg também afirma a impossibilidade de derivar o *dever ser* do *ser*, mas qualquer aproximação com a doutrina de Kelsen neste ponto mostra-se completamente descabida. Em Kant, a lei moral comanda a ação, o *dever ser* é mandamento racional da moralidade (no que a doutrina de Kant deve muito a Descartes). Em suma, o *dever ser* refere-se a leis morais inatas à racionalidade. Já o *dever ser* de Kelsen, muito diferente, é simplesmente a *norma* com a qual se ocupa exclusivamente a Teoria Pura do Direito. De modo que, em conclusão, a semelhança está na nomenclatura e nada mais.

Despojada da doutrina ética (que compreende a moral e o direito), recusando em consequência o imperativo categórico, além de transformar decisivamente o ser e o dever ser originais, Kelsen recebe pouco de Kant.

REFERÊNCIAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

HOFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. e pref. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Brasil S.A., 1959.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introd. e notas: Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2007. (Textos filosóficos).

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad., textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. (Clássicos Edipro).

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Estudo introd. Joám Evans Pim. Trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. (Ensaio sobre paz e conflitos; v. 1).

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. e pref. João Baptista Machado. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introd. e rev. téc. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A concepção de justiça em Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista**. 2004. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: http://bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-967PD6/direito_andityassoaresmouracostamatos_disserta__o.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 dez. 2019.

PAULSON, Stanley. A ideia central do positivismo jurídico. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. Rev. téc. Andityas Soares de Moura Costa Matos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 101-137, jan./jun. 2011.

HANS KELSEN'S KANTIAN HERITAGE ON THE PURE THEORY OF LAW

ABSTRACT

The article investigates the great Kantian heritage on Hans Kelsen's *Pure Theory of Law*, one of the most important works of the twentieth century's legal theory. It researches the *Critique of Pure Reasons'* epistemology and Kant's ethical-moral doctrine told in the *Critique of Practical Reason*, in the *Metaphysics of Morals* and its *Groundwork* and the consequences of their adoption or refusal mainly in the legal hermeneutics, interpretation and application of law, of the Kelsenian doctrine.

Keywords: Pure Theory of Law. Morals. Categorical imperative. Legal hermeneutics.

A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP 1.574.681/RS: CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO PRAGMATISMO JURÍDICO

Vanessa Morais Kiss¹⁹

RESUMO

O acórdão proferido Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.574.681/RS representou uma mudança paradigmática na compreensão do alcance do direito à inviolabilidade domiciliar e seu diálogo com outros valores acolhidos pela ordem legal e constitucional vigente. Este trabalho se propõe a analisar tal decisão valendo-se do instrumental teórico fornecido pelo pragmatismo jurídico, a fim de demonstrar em que medida tal virada de entendimento é manifestação do pensar pragmático, sobretudo em sua ótica antifundacionalismo e consequencialista. Por esta via, procura-se demonstrar que a posição acolhida contribui para o aperfeiçoamento da atuação policial e a prevenção de violações de garantias individuais neste contexto.

Palavras-chave: Inviolabilidade de domicílio. Prova ilícita. Pragmatismo jurídico. Consequencialismo. Antifundacionalismo

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do direito à inviolabilidade domiciliar, consagrado como direito fundamental no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988, impõe o enfrentamento de sempre sensível questão relativa às fronteiras que delimitam o interesse individual e o coletivo.

Isso porque o constituinte, ao reconhecer a casa como asilo inviolável do indivíduo e expressão primordial de seu direito à intimidade, definiu também as hipóteses em que tal

¹⁹ Mestranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal em Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Defensora Pública do Estado de São Paulo. E-mail: vanessamkiss@gmail.com.

inviolabilidade pode ser excepcionada, a saber: quando há o consentimento do morador; em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro; ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

Particularmente no que toca ao ingresso em domicílio alheio em caso de flagrante delito, e sem ordem judicial prévia, os tribunais superiores já foram instados, em diversas oportunidades, a aclarar o sentido do dispositivo constitucional e determinar em quais situações pode ser admitida tal relativização do direito em apreço.

Sobre isso é que versou o Recurso Especial 1.574.681/RS. Na espécie, certo indivíduo fora condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e §4º, da Lei 11.343/2006. A defesa apelou ao Tribunal de Justiça local, que deu provimento ao recurso a fim de absolver o acusado, com fundamento no artigo 386, II do Código de Processo Penal, consignando ter sido ilícita a busca domiciliar que resultou na apreensão de entorpecentes na residência do indivíduo e, por consequência, não subsistir prova de materialidade do crime a ele imputado. A acusação, então, recorreu à instância superior argumentando, em síntese, que havia situação de flagrância autorizadora do ingresso em residência e das buscas pessoal e domiciliar e, ainda, que, tratando-se de crime permanente, não haveria exigência de ordem judicial para o ingresso no domicílio do acusado.

Ocorre que, em recurso extraordinário anteriormente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, com repercussão geral reconhecida (RE 603616/RO), assentara-se que o ingresso forçado em domicílio sem ordem judicial se revelaria legítimo quando amparado em fundadas razões, na dicção do art. 240, §2º do Código de Processo Penal, que indiquem estar ocorrendo, no interior da residência, situação de flagrante delito. Com esteio nessa premissa, o Supremo concluiu pela existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas naquele caso, negando provimento ao recurso defensivo.

Assim, no REsp 1.574.681/RS, o Superior Tribunal de Justiça foi provocado a revisitar o tema a fim de delimitar o que configuraria justa causa para tornar legítimo o ato invasivo.

Isto posto, o presente trabalho propõe-se a analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no citado Recurso Especial, proferida em 2017, sob novas luzes, as do pensamento pragmatista fundado por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

Entende-se que tal corrente filosófica fornece valioso ferramental para a análise das posições veiculadas no acórdão, notadamente a partir das noções pragmatistas de antifundacionalismo e falibilismo – que dialogam com a lógica que levou o STJ a reconhecer a necessidade de um “ajuste da jurisprudência” acerca da matéria –, bem como da ideia de consequencialismo, que será aprofundada oportunamente.

Antes de avançar ao estudo ora proposto, impende, inicialmente, proceder-se a uma breve exposição acerca das características norteadoras da corrente de pensamento que iluminará o presente trabalho – o pragmatismo jurídico.

2 AS CARACTERÍSTICAS CONDUTORAS DO PENSAMENTO JURÍDICO PRAGMATISTA

Os primeiros delineamentos do que hoje se conhece como pragmatismo filosófico foram esboçados por Charles S. Peirce em 1872, em uma das reuniões de um grupo de estudantes de pós-graduação de Cambridge, nos Estados Unidos, que, em tom bastante sarcástico, se designava de *Clube Metafísico*. Na ocasião, Peirce apresentou aos colegas suas considerações iniciais acerca de uma nova forma de pensar que se propunha a determinar os significados de palavras difíceis e conceitos abstratos. Entretanto, é apenas a partir de 1898, com os escritos de William James, que também integrara o Clube Metafísico, que, com escopo ampliado, o pragmatismo passa a desfrutar de notoriedade nos meios acadêmicos e intelectuais. E é então que James toma conhecimento de que, influenciado por sua obra, John Dewey, um então professor da Universidade de Chicago, desenvolvia ideias semelhantes às suas, passando a com ele se corresponder (POGREBINSCHI, 2005, p. 11-13). Eis os fundadores do pragmatismo filosófico.

Segundo POGREBINSCHI (2006, p. 134), a matriz teórica do pragmatismo clássico se constrói sobre três pilares: o *antifundacionalismo*, o *contextualismo* e o *consequencialismo*.

O *antifundacionalismo* traduz uma atitude de permanente de crítica como modo de pensar – o pragmatista recusa quaisquer certezas apresentadas como absolutas, não reconhece conceitos imutáveis e categorias apriorísticas de pensamento, rejeita dogmas e afasta-se de concepções metafísicas da verdade (POGREBINSCHI, 2006, p. 134). Todo conhecimento prévio é compreendido como não mais que uma hipótese, cuja confirmação está condicionada à verificação

prática. O pensar antifundacionalista, portanto, não se constrói sobre fundações estáticas, valores abstratos ou princípios universais e, nesse sentido, é também *antiessencialista* (CAMARGO, 2009, p. 367-368). Daí afirmar-se que o pragmatismo é a ciência de viver sem fundamentos (POSNER, 2009, p. 30).

À noção de antifundacionalismo liga-se a de *falibilismo*, segundo a qual as conclusões científicas são sempre experimentais, e as respostas obtidas, sempre provisórias. É o *caráter autocorretivo* do método pragmatismo que lhe confere racionalidade (POGREBINSCHI, 2005, p. 29-30), possibilitando uma *aproximação sucessiva*²⁰ da verdade a partir do esforço convergente da comunidade de investigadores (POGREBINSCHI, 2006, 130-131). A noção de falibilidade em Peirce implica que a racionalidade do método pragmatista não depende da certeza de quaisquer conclusões, mas justamente deste potencial autocorretivo a partir da convergência de esforços da comunidade aberta de cientistas: “É exatamente essa a chave do Pragmatismo de Peirce – a da aplicação contínua da investigação, através da abdução, a partir do que seria possível detectar e corrigir os erros e possivelmente se aproximar da verdade” (NÓBREGA, 2013, p. 134).

Logo, o conhecimento não é enxergado pelos pragmatistas como um edifício em que as crenças derivadas descansam sobre outras indubitáveis e concretas (HAACK, 2001, p. 16). O processo de investigação é, então, falível e inesgotável, e as respostas que fornece não passam de tentativas de conclusão, permanentemente sujeitas a revisão e correção (POGREBINSCHI, 2006, 132). Assim é que a falibilidade que é inerente a este modo pensamento possibilita ao jurista pragmatista o constante aperfeiçoamento e refinamento dos conceitos (NÓBREGA, 2013, p. 121-122).

Sobre o caráter falibilista do método proposto por Peirce, sustenta Susan Haack (2001, p. 16):

“(…) Peirce insta a que comecemos por onde estamos onde estamos, com as crenças que temos; devemos, sem embargo, submeter essas crenças de sentido comum à crítica, clarificando-as e comprovando-as, e estar dispostos a modificar ou rechaçar aquelas que se mostram defeituosas. Deve-se estar sempre preparado para abandonar uma crença apreciada, já que ‘o espírito científico requer que um homem esteja pronto a todas as horas para desfazer-se completamente de sua carga de crenças, no momento em que a experiência esteja contra elas’ (CP 1.55).”

²⁰ A expressão *aproximação sucessiva* foi cunhada por Oliver Wendell Holmes, um dos frequentadores do Clube Metafísico de Cambridge, para descrever a gradação da investigação comunitária na formação e modificação de regras jurídicas e generalizações. Nesse sentido, cf. KELLOGG, p. 213-214.

O pragmatismo filosófico também é *contextualista*. O processo de investigação, sob este paradigma filosófico, não se satisfaz com concepções dadas da realidade, devendo estar atento às circunstâncias políticas, religiosas, científicas, culturais e sociais que envolvem o problema. A esse abrangente conjunto de fatores dá-se no pragmatismo o nome de experiência, nunca dissociada da prática e da ação (POGREBINSCHI, 2006, p. 134). No âmbito do pragmatismo jurídico, o Direito é visto como prática social e compreendido a partir de sua dimensão tópica, em que a busca da solução se dá a partir do problema e aplicação da norma é orientada por questões de ordem prática (CAMARGO, 2009, p. 368).

Em síntese, o contextualismo diz com a ênfase nos fatos, a relevância da concretude, a importância do social, o papel da comunidade e a ideia de adaptação (POGREBINSCHI, 2006, p. 135). Para John Dewey (1998, p. 210, apud POGREBINSCHI, 2005, p. 58-59), quando o contexto é ignorado, o resultado não pode ser outro a não ser a falsificação das análises filosóficas²¹.

Em íntima conexão com a ideia de contextualismo está outro desdobramento do modo de pensar pragmatista, a saber, a noção de *interdisciplinariedade*, segundo a qual a empreitada investigativa não deve perder vista a abertura às diversas áreas do conhecimento que possam informar sobre os efeitos previsíveis da ação e, desse modo, melhor orientar a conduta (CAMARGO, 2009, p. 368). Revela-se necessário, nesses termos, o recurso às ciências sociais para que seja possível prever, com certo grau de racionalidade, quais estados de coisas resultarão da adoção de uma ou outra postura interpretativa (PARGLENDER e SALAMA, 2013, p. 123). Esta noção ganha especial relevo no âmbito do pragmatismo jurídico e, em especial, no que diz com o processo de decisão judicial (NÓBREGA, 2013, p. 129-130):

O ponto forte presente no projeto Pragmatismo é ter clareza acerca das consequências presentes dos conceitos. Isso pode ser aplicado à sentença judicial, a partir do exercício da abdução na formulação da hipótese, na qual a premissa menos aparece como problemática e falível. A iberdade nesse processo de decisão pode ser estimulada pela interdisciplinariedade que o pragmatismo oportuniza, trazendo contribuições da Economia, Psicologia, Sociologia, Engenharia, Biologia, Teologia, História dentre outros, cujas metodologias podem servir para inspirar o julgador na antecipação das hipóteses

²¹ “Dewey acredita que um dos maiores problemas do pensamento filosófico consiste em negligenciar o conceito de contexto. Se em parte isso se justifica precisamente pelo fato de que o contexto é algo sempre tão patente que chega a não ser notado, não significa, contudo, que ele possa ser negado. Segundo Dewey, ignorar sistematicamente o contexto implica virtualmente negá-lo. E quando isso acontece no domínio da filosofia, ou seja, quando as análises filosóficas tendem a ignorar o contexto, o que se tem como resultado é a falsificação destas análises. (...) A ênfase contextualista do pragmatismo clama, portanto, que os textos filosóficos sejam estudados a partir dos seus contextos específicos, ressaltando-se a relação entre as idéias filosóficas e a vida social, bem como com a cultura da sociedade na qual tais ideias desenvolveram-se.”

concebíveis e sua posterior avaliação. Isso se coaduna também com a ideia de Peirce de comunidade aberta dos cientistas.

Às já mencionadas características podemos acrescentar o conceito de *consequencialismo*, que também figura na base da filosofia pragmatista. O pragmatismo não repousa sobre fenômenos antecedentes, mas fenômenos consequentes; não se contenta com precedentes, reivindica possibilidades de ação (DEWEY, 2008, p. 125). Trata-se de um método voltado para o futuro, na medida em que se pauta pelas consequências antecipáveis da conduta (CAMARGO, 2008, p. 368). Nas palavras de Dewey (2008, p. 126):

A doutrina do valor das consequências nos leva a tomar o futuro em consideração. E esse levar em consideração do futuro nos leva à concepção de um universo cuja evolução não está finalizada, de um universo que ainda está, nos termos de James, ‘em feitura’, ‘no processo de se tornar’, de um universo até certo ponto ainda plástico.

Nesse sentido, tendo em consideração que seu caráter antimetafísico e antidogmático torna o método pragmatista experimental em seu cerne, tem-se que a decisão sobre a melhor conduta não resultará do compromisso com quaisquer princípios ou valores *a priori*, mas da comparação dos prováveis efeitos futuros de cada um dos cursos de ação alternativos à disposição do agente (POSNER, 2009, p. 5). Daí resulta que, para o pragmatismo, os conceitos intelectuais não possuem significados herméticos, estando sua compreensão subordinada ao conjunto das inesgotáveis consequências práticas previsíveis de algo – e, nesse sentido, o conceito no pragmatismo tem caráter probabilístico (NÓBREGA, 2013, p. 121). Logo, a verdade de uma proposição só poderá ser conhecida a partir da aplicação do *teste consequencialista* (ou *teste pragmatista*) – e é por meio da permanente aplicação de tal teste que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo (POGREBINCHI, 2006, p. 134).

Por fim, o consequencialismo tem como conseqüente lógico o *instrumentalismo*²², traduzido na célebre citação de Richard Posner: “Não somos escravos de nossa história, de nossas tradições e de nossos precursores; eles são nossos instrumentos” (2009, p. 15). Sob esta ótica, as concepções e teorias preexistentes são entendidas como instrumentos para iluminar a ação futura. No terreno do pragmatismo jurídico, o instrumentalismo é frequentemente associado à posição que enxerga no Direito uma ferramenta de intervenção na realidade e transformação social. Segundo Dewey, o

²² Thamy Pogrebinschi observa que, embora os termos “consequencialismo” e “instrumentalismo” sejam usualmente empregados como sinônimos, é possível identificar uma tênue distinção entre eles. Segundo ela, o instrumentalismo, associado aos neopragmatistas como Richard Rorty, mais se aproxima nas noções de utilidade, esperança e felicidade humana que o consequencialismo, ideia própria do pragmatismo clássico (POGREBINSCHI, 2006, p. 136).

instrumentalismo constitui “uma tentativa de estabelecer uma teoria lógica precisa dos conceitos, dos juízos e inferências em suas várias formas, principalmente pela consideração de como o pensamento funciona nas determinações experimentais de consequências futuras” (2008, p. 126).

Feitas estas ponderações, entende-se que merecerão especial consideração, para a análise pretendida neste trabalho, as dimensões antifundacionalista, falibilista e consequencialista do modo de pensamento pragmatista.

3 O “AJUSTE DA JURISPRUDÊNCIA” ENQUANTO ATITUDE PRAGMÁTICA E O PAPEL DOS PRECEDENTES NO PROCESSO DE DECISÃO

Provocada a rever o entendimento até então dominante sobre o tema da aplicação do direito à inviolabilidade domiciliar, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça trouxe à tona a questão da necessidade de realização de um *ajuste jurisprudencial*. É que se consolidara a posição de que, em hipóteses de flagrante-delito de crime permanente, seria cediço o ingresso em domicílio sem consentimento, observados certos parâmetros; entretanto, no dizer do então relator do REsp 1.574.681/RS, Ministro Rogério Schietti Cruz, em seu voto condutor: “o entendimento merece ser aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável”.

Nesse sentido, sustenta o Relator que a jurisprudência não poderia se amparar em uma concepção estática do direito, posto que o Direito vive na cultura e na historicidade²³ e a transformação lhe é inerente.

Assim, sem perder de vista o dever do magistrado de atuar em prol da coerência e unidade do ordenamento jurídico, de modo a assegurar-lhe estabilidade e segurança e zelar pela credibilidade do Poder Judiciário²⁴, o Ministro Schietti observa que a exigência de respeito aos

²³ Nesse sentido: “O pragmatista jurídico é assim historicista no sentido contraintuitivo do tempo, de reconhecer que determinadas doutrinas jurídicas podem ser vestígios históricos, em vez de verdades eternas”. Cf. ARRUDA, 2011, p. 151.

²⁴ As críticas de que o pragmatismo abre margem ao decisionismo judicial, Richard Allen Posner responde que mesmo o juiz mais pragmático está vinculado em sua atuação por limites de ordem material, psicológica e institucional. Ademais, sua prática é conformada, ainda que indiretamente, também pela doutrina jurídica, na medida que esta cria nos jurisdicionados expectativas que o juiz deve levar em consideração ao decidir se e como e quanto desviar das premissas dogmaticamente postas. Cf. Legal pragmatism. Metaphilosophy, v. 35, n. 1-2, jan/2004, p. 154.

precedentes não os torna imutáveis, sob pena de engessamento do Direito à revelia da evolução dos costumes.

Disso decorreria a *necessidade de submissão do precedente judicial a permanente reavaliação, a fim de imprimir-lhe novos contornos mais consentâneos com o contexto*, sempre que as circunstâncias reclamarem a distinção (*distinguishing*) ou mesmo a superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do entendimento prévio. Nessa toada, socorrendo-se da lição de Claus Wilhelm Canaris, argumenta o Relator que a abertura do sistema jurídico exprime a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico que, portanto, é um permanente projeto (2002, p. 196).

Tais ponderações bem ilustram o que pretendem expressar os pragmatistas com as noções de antifundacionalismo e falibilismo. Muito embora tais conceitos não se confundam, há entre eles uma notável aproximação, destacadamente na concepção peirciana (POGREBINSCHI, 2005, p. 38):

Neste sentido, o antifundacionalismo de Peirce muitas vezes se concerte em um falibilismo, na medida em que a inesgotabilidade do processo investigatório faz com que cada tentativa de conclusão seja antes uma nova fonte de informação passível de colocar a investigação novamente em marcha, revisando e corrigindo a si mesma permanentemente.

No mesmo sentido, Susan Haack (2001, p. 16) afirma que o falibilismo de Peirce se caracteriza pela negação da existência de peças auto-autenticantes do conhecimento que possam reconhecer-se infalivelmente como tais, afastando-se, assim, da epistemologia fundacionalista de Descartes. Assim, Peirce insta a que estejamos sempre prontos a abandonar nossas crenças quando a experiência as contrariar.

Não por outra razão, Peirce concebe o método científico como sendo composto por três etapas: a primeira, correspondente à *abdução*, consistiria em criar hipóteses para explicar os dados problemáticos; a segunda, de *dedução*, voltar-se-ia à apuração das consequências dessas hipóteses; ao cabo, na etapa de *indução*, haveria a confirmação ou falsificação de tais consequências e, deste modo, também das hipóteses das quais teriam sido deduzidas (HAACK, 2001, p. 21).

Em outros termos, Peirce entende o falibilismo como o perpétuo adiamento da investigação, em direção a uma realidade jamais alcançável (KELLOGG, 2019, p. 218). O pragmatista é, por isso, considerado “epistemologicamente pessimista”, na medida em que não admite que o

conhecimento possa repousar fundamentos seguros passíveis de serem perquiridos (HAACK, 2001, p. 37).

Assim concebido, o falibilismo pragmatista aproxima-se da ideia de uma verdade contingente tal como descrita por Luigi Ferrajoli, para quem (2002, p. 42):

(...) a ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivamente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que deles possuímos.

Desta feita, temos que a defesa do *ajuste jurisprudencial* que deflagra o voto do Ministro Relator no REsp 1.574.681/RS, partindo da compreensão do Direito enquanto processo histórico e avesso a definitividades, reflete a noção de falibilismo no sentido pragmático e, em especial, peirciano – sobretudo no que trata da necessidade de submissão de todo conhecimento prévio a um inesgotável processo investigativo e, potencialmente, corretivo²⁵.

Quanto ao papel dos precedentes, merece referência o argumento de Richard A. Posner no sentido de que seria falacioso afirmar-se que o pragmatismo deixa os juízes livres para decidirem como bem desejarem (POSNER, 2004a, p. 154), pois um certo grau de aderência à jurisprudência se faz necessário para a estabilização social (POSNER, 2008, p. 277 apud ARRUDA, 2011, p. 149). Assim, aos olhos prospectivos de pragmatista, a atenção aos precedentes seria antes uma necessidade qualificada por sua utilidade social do que um dever ético (POSNER, 2004b, p. 684).

No antifundacionalismo de Richard Rorty, a questão é colocada em termos eminentemente utilitários: segundo o pragmatista, em uma cultura por ele descrita como pós-filosófica, os pontos de partida dão lugar a *resting-places* fixados com vistas à consecução de fins sociais específicos, uma vez não haveria avanço prático possível sem que, em algum ponto, o regresso da estrada da investigação seja interrompido (POGREBINSCHI, 2006, p. 135)

Não recai sobre o juiz, todavia, uma exigência de fidelidade inquestionável aos precedentes, que constituem apenas um dos fatores a serem levados em consideração no processo decisório. Nesse sentido as palavras de Posner (2004a, p. 154):

²⁵ Em semelhante sentido, Frederic Rogers Kellogg afirma que, no pragmatismo de Holmes, o falibilismo (ou aproximação sucessiva, cf. nota de rodapé 1, é concebido como mecanismo de uma teoria evolucionária do conhecimento. Cf. KELLOGG, p. 213-214.

Doctrine creates expectations in the people subject to law, and the social value of protecting those expectations – in facilitating commerce, for example – is something a pragmatic judge must take into account in deciding when and whether and how much to depart from existing legal principles. And this means that the pragmatic judge is not indifferente to precedente.

Consequentemente, sempre que razões de ordem prática se sobrepuserem às expectativas já sedimentadas, recomendando que o aplicador do Direito rompa com o passado em favor do presente e do futuro, não deverá ele hesitar em fazê-lo, pois assim exige o amadurecimento científico (POSNER, 2009, p. 12).

Mais ainda, naquilo que interessa diretamente ao objeto do presente trabalho, é possível afirmar que, para o pragmatismo jurídico, a investigação histórica destina-se a encontrar não apenas similaridades, mas também fatores distintivos entre os casos anteriores e o problema que presentemente se apresenta (POSNER, 2008, 187).

À luz desta compreensão acerca do papel desempenhado pelos precedentes judiciais no processo decisório, nota-se que, no caso do REsp 1.574.681/RS, o ponto de partida para o reexame das conclusões outrora estabelecidas foi a identificação de circunstâncias diferenciadoras no caso submetido a exame, em contraposição àqueles que haviam embasado o entendimento então vigente.

Com efeito, o relator do referido recurso especial inicia seu raciocínio observando que “nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante, com a mitigação de um direito fundamental”. E, com esteio em tal premissa, argumenta que o mero fato de certo indivíduo, ao avistar a equipe policial, fugir até a própria residência, como ocorreu na situação sob escrutínio, não basta para induzir a conclusão de que no interior do imóvel estaria em curso uma prática de criminosa, de modo a tornar justificável a relativização de direitos individuais basilares.

Em outros termos, conclui que, no caso do REsp 1.574.681/RS, diversamente de outros antes examinados pelas cortes superiores, as circunstâncias envolvendo a diligência policial não forneciam elementos suficientes para que, excepcionando-se a garantia do art. 5º XI da Carta Maior, os agentes procedessem ao ingresso em domicílio independentemente de determinação judicial. E, a partir da identificação de tal fator discriminante, fez-se possível construir, para casos com semelhante configuração, entendimento desviante em relação àquele fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 603.616/RO, tratando assim de reconhecer os pontos em

que o posicionamento prévio não mais satisfazia as exigências da realidade, sem, contudo, e precisamente em razão de tal diferenciação, desautorizá-lo.

Ao estudo dos delineamentos de tal entendimento, particularmente em sua dimensão pragmatista e, sobretudo, consequencialista, dedica-se o tópico seguinte.

4 ASPECTOS CONSEQUENCIALISTAS DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já se estabeleceu, o método pragmático tem como uma de suas diretrizes fundamentais a renitência em voltar seu olhar para o futuro (POSNER, 2004b, p. 684), e nisso reside seu caráter consequencialista – o pragmatista serve-se da referência ao passado apenas na medida de sua utilidade para o enfrentamento dos problemas do presente e do porvir (POSNER, 2009, p. 4)

Isto posto, é possível sustentar que, ao decidir o REsp 1.574.681/RS, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou uma abordagem propriamente consequencialista, é dizer, orientada pela consideração dos efeitos potenciais dos cursos alternativos de ação²⁶. Nesse sentido, merece referência a seguinte passagem do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz (grifos nossos):

De fato, a complexa e sofrida realidade social brasileira ineludivelmente sujeita, amiúde, as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de nossos gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas que vivem em condições sociais desfavoráveis a situações abusivas e arbitrárias. Em verdade, se, de um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais efetiva do Estado, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa, a seu turno, sentir-se segura e ver assegurada a preservação de seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por agentes das forças policiais, sob a única justificativa, extraída de apreciações pessoais dos invasores, de que o local supostamente é um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali possui droga armazenada.

²⁶ Segundo a definição proposta por Diego Werneck Arguelhes (2005), um argumento jurídico consequencialista é aquele que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão.

Dito de outro modo, colocam-se em jogo de dois interesses legítimos e de desafiador equacionamento: de um lado, a segurança pública e as expectativas da coletividade quando à adoção de uma postura enérgica pelo Estado frente a criminalidade organizada; de outro, o direito de todos os cidadãos, notadamente os que integram as camadas mais vulneráveis da população, de se verem resguardados de incursões abusivas em sua esfera de intimidade e privacidade.

Revela-se, desta feita, a preocupação dos julgadores com as perversas consequências que poderiam advir da chancela jurisprudencial de buscas domiciliares efetuadas em circunstâncias de nebulosa legitimidade²⁷. Nas palavras do relator:

(...) a ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

Isso porque, conforme demonstrado por Parglender e Salama (2013, p. 126), os precedentes judiciais criam incentivos para determinadas condutas na medida em que estabilizam as expectativas sobre as regras do jogo; desta maneira, afetam as condutas futuras da coletividade, tornando algumas mais prováveis que outras. Nada obstante, ressaltam os autores que quaisquer teorias sobre incentivos e consequências do comportamento coletivo não passarão de aproximações, pois há um universo de instituições informais que influenciam as condutas humanas e cujo funcionamento ainda não é plenamente compreendido (p. 133-134).

Prosseguindo em seu argumento, adverte o relator do REsp nº 1.574.681/RS que, para a justificação do ingresso policial em domicílio, a legitimação da ação dos agentes públicos precisa ser prévia, ou seja, a probabilidade do estado flagrancial deve ser aferível *ex ante* a partir de uma apreciação racional do contexto fático, não se podendo tolerar que, num passe de mágica,²⁸ a constatação posterior da prática delitiva convalide eventuais ilegalidades perpetradas.

²⁷ “Interessa, desse modo, evidenciar que o Pragmatismo de Peirce, operacionalizado pela abdução, leva em consideração fundamentalmente as consequências *in the long run*, ou seja, as de longo alcance, lançadas na imaginação criativa, para além do observável; não se restringindo as de efeito imediato *in the short run*.” (Cf. NÓBRREGA, 2013, p 131)

²⁸ A respeito: “Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental.”. DELLOSSO, Fernanda Ayres; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Boletim IBCCRIM, v. 263, out./2014. Disponível em:

Repudia-se, desta feita, a fabricação de justificativas *a posteriori* para conclusões preestabelecidas por meio do emprego de uma espécie de *retroplanejamento decisório*, artificialmente engendrado para servir a posições prefixadas. Conforme descreve Haack (2008, p. 180), remetendo-se aos escritos de Holmes:

Os juízes frequentemente apresentam suas conclusões como se as tivessem deduzido de princípios e precedentes jurídicos, argumenta Holmes; mas é ingênuo imaginar que isso significa que eles de fato chegam a suas decisões por meio de inferências puramente lógicas. Muito frequentemente, na verdade, eles estão adaptando silenciosamente o direito existente a novas circunstâncias, e seus argumentos são somente ‘o vestido de gala que o recém-chegado coloca para parecer apresentável conforme os requisitos convencionais.’

E, assim colocando em evidência o contexto da justificação em detrimento do contexto da descoberta, termina o julgador por *engessar e tolher qualquer contribuição que o contexto da descoberta possa fornecer*, tornando estéril a justificação, pois, se colocada em primeiro plano, esta irá *aprisionar o contexto da descoberta a seus ditames de coerência, completude, etc. e despir a abdução de qualquer funcionalidade* (NÓBREGA, 2013, p. 129).

A tal subversão lógico-argumentativa refere-se os pragmatistas como *raciocínio fingido* ou *simulado* (“*sham reasoning*”) - aquele que se não se dirige ao encontro da verdade sobre certa questão, mas à defesa de uma proposição estabelecida de antemão, em estágio inicial da investigação. Não se ignora que, por vezes, o raciocínio falseado poderá acertar na verdade e, em casos tais, seu emissor poderá até mesmo criar bons argumentos para sustentar seu entendimento. Contudo, com os mesmos artifícios, poderá o articulador da *pseudoinvesgação* suprimir evidências e desviar-se de dados desfavoráveis, de modo a evitar enfraquecer suas conclusões (HAACK, 1996, p. 58).

Retomando-se o exame do voto condutor do acórdão analisado, mais adiante, reafirma seu relator:

Reforço, portanto, minha convicção de que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, é necessário tenha a autoridade policial fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida, e não mera desconfiança fulcrada, v. g., na fuga de indivíduo de uma ronda policial, comportamento que pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. (...) Assim, ao menos que se possa inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que

o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, *ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência – circunstância que se mostrará meramente acidental* –, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

Daí se vê que a justificação das medidas invasivas pela identificação posterior de elementos legitimadores, mas cuja presença um observador racional não poderia antes vislumbrar, não se sustenta enquanto raciocínio pragmático no sentido aqui empregado, mas antes ilustra notável demonstração da já referenciada subversão pseudoargumentativa traduzida pela noção pragmatista de *sham reasoning*.

Nesse ponto, o relator invoca relevante precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que adverte para as temerárias consequências que uma postura relativizadora das garantias individuais, nesse caso, poderia produzir – no limite, o possível forjamento do encontro de drogas em imóveis diligenciados de modo a legitimar a ação policial e evitar, até mesmo, que sobre os agentes públicos responsáveis recaísse eventual imputação de abuso de autoridade.

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada - e não simplesmente íntima - suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma. Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal. *Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, “encontrasse” à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado.* (TJRJ, Apelação Criminal 2009.050.07372, Rel. Des. Geraldo Prado, julgado em 17/12/2009).

Transparecem, assim, os riscos do que pode produzir no mundo dos fatos o discurso que se pretende pragmático e assim busca se legitimar, mas que se constitui em verdadeira expressão de um raciocínio simulado. E, em uma perspectiva consequencialista, o aumento do número de flagrantes forjados no contexto apresentado, como efeito negativo antecipado, contrapõe-se a outro valor consistente na restrição das possibilidades de atuação policial frente a sofisticação do crime organizado.

Em seguida, o Ministro Rogério Schietti traz à tona a posição construída pela Corte espanhola que, ao ser instada a examinar questão semelhante, determinou que o consentimento para a realização de busca domiciliar somente pode ser considerado válido e livre de pressões

psicológicas quando evidenciada a presença cumulativa dos seguintes pressupostos: i) outorga por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; ii) outorga consciente e livre, que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo e que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; iii) se o consentimento for de pessoa que estiver detida, não pode ser prestado sem a assistência de um defensor; iv) a anuência pode ser oral ou escrita, porém sempre deve ser vertida documentalmente; v) deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio *in dubio pro* liberdade (o consentimento presumido deve ser interpretado restritivamente; vi) o consentimento deve ser outorgado pelo titular do domicílio; vi) o consentimento deve ser outorgado para um caso concreto, vedada sua utilização para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca.

O relator do REsp nº 1.574.681/RS propõe que tais diretrizes sejam adotadas, na medida do possível, com vistas a minimizar a praxe, tão comum em comunidades de baixa renda, em que casas são ocasionalmente invadidas sem o amparo do Direito. E acrescenta que, se para algemar pessoa já presa (caso em já há alguma verossimilhança do fato delituoso evidenciada), exige-se a justificção por escrito, seria de se supor, por razões de proporcionalidade, que igual providência fosse necessária para a invasão de um domicílio na hipótese de mera suspeita. Deduz, então, que admitir a relativização da literalidade do texto constitucional, que somente admite o ingresso forçado em caso de flagrante delito, levaria, contraditoriamente, à fragilização do núcleo essencial dessa garantia.

Com amparo em todo este raciocínio, e debruçando-se sobre o caso concreto, o Ministro observa que, no caso ali discutido, havia não mais que vagas suspeitas sobre a suposta traficância de entorpecentes perpetrada pelo réu, motivada pelo mero fato de, durante patrulhamento de rotina, estar em local conhecido como ponto de mercancia ilícita. Destaca que não havia menção: i) a qualquer monitoramento, campana, ou diligência investigatória de qualquer natureza; ii) a qualquer atitude suspeita do acusado externalizada em atos concretos; iii) a movimentação de pessoas típica da traficância; iv) a alguma denúncia prévia dando conta da prática criminosa – existia somente a afirmação de que, quando o réu avistou os policiais militares, correu para dentro de sua residência, onde foi abordado. Aliás, anota, a própria concentração fático-temporal dos acontecimentos, em tudo se passou em um curto lapso de tempo e espaço, tornou inclusive duvidosa eventual caracterização de fuga.

Neste cenário, aduz o relator que, na hipótese dos autos, os policiais teriam agido com base em mera a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo acusado, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, não satisfaz a exigência constitucional de “fundadas razões” que autorizem o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento válido e sem determinação judicial.

Acrescenta que o fato de se tratar de crime permanente, cujo estado de flagrância se protraí no tempo, não autoriza a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio em razão somente da presença de vaga e íntima suspeita acerca de possível crime em curso – ao contrário, “a fundada suspeita precisa amparar-se em elementos objetivos, afastando nuances subjetivas, de sorte a não permitir que se ocupe o policial de preocupar-se com a pessoa de quem ele identifica, a priori, como ‘o traficante’, e reserve sua atividade para apurar ‘condutas e atos’, indicativas da prática de um crime”.

Assim, sustenta que o dispositivo constitucional que prevê a garantia em apreço deve ser interpretado restritivamente para indicar que a situação em flagrante que excepciona a inviolabilidade de domicílio deve ser tal que a urgência não permita aguardar a providência mais segura e cautelosa – a prévia autorização judicial. Isso porque, do contrário, em nada restaria prejudicada a segurança pública se fosse resguardado o local pela polícia, se o caso, enquanto se pleiteasse a obtenção de ordem judicial para a providência. Conforme se extrai do voto condutor do acórdão:

Portanto, pelo contexto fático delineado nos autos, em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, entendo que não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a invasão de domicílio. Eis a razão pela qual, dado que a casa é asilo inviolável do indivíduo, desautorizado estava o ingresso na residência do recorrido, de maneira que as provas obtidas por meio da medida invasiva são ilícitas, bem como todas as que delas decorreram, tal como decidiu o acórdão recorrido, ao concluir pela absolvição do recorrido “por ausência de prova da materialidade do crime imputado” (fl. 234).

Desta feita, e à guisa de conclusão, assevera o relator que, ausente a configuração prévia de qualquer situação justificadora da busca domiciliar, restam sem eficácia probatória as evidências obtidas ilicitamente em violação a norma constitucional, e, conseqüentemente, todos os atos produzidos posteriormente. Assim, invocando a *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* do direito norte-americano, o Relator anota que são repudiadas pelo artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Registra-se que os demais ministros integrantes da Sexta Turma alinharam-se ao entendimento do Ministro Relator, votando unanimemente pela manutenção da absolvição do acusado ante a não subsistência de provas válidas da materialidade delitiva naquele caso.

Assim, temos que o Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade, após cuidadosamente contrapor os interesses em jogo e as potenciais consequências concebíveis de cada um dos cenários apresentados, inclusive a longo prazo, entendeu por bem prestigiar a interpretação literal do disposto do inciso XI do artigo 5º. Sob a superfície dos argumentos expendidos, nota-se a cautela em preservar os direitos à privacidade e à intimidade, materializados na proteção ao domicílio, da banalização de medidas invasivas praticadas no interesse de uma pretensa promoção da segurança pública, com graves prejuízos sobretudo para as camadas mais empobrecidas da população, custo com qual não pode conviver o Estado Democrático de Direito.

Subjacente a este entendimento, é possível identificar a noção de que argumentar com base em consequências, longe de significar o esvaziamento do texto legal e constitucional, pode antes representar uma forma de dar-lhe sentido e concretude, promovendo a realização dos estados de coisas cuja consecução o ordenamento jurídico determina (ARGUELHES, 2005, p. 17) – inclusive, no caso vertente, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, estatuída como objetivo fundamental da República no artigo 3º, inciso III do diploma constitucional.

É certo que, no mais das vezes, mostra-se inviável o cálculo milimétrico das dimensões das consequências futuras possíveis de cada curso de ação. Estamos condenados a viver em um permanente estado de incerteza radical sobre o funcionamento do mundo, inclusive quanto às consequências concretas da aplicação das normas jurídicas. O enfoque consequencialista advogado pelo pragmatismo não se mede em balança de precisão. A perfeita engenharia do mundo é uma utopia, de modo que a confiança cega no cientificismo e no consequencialismo não se sustenta enquanto forma de organização social (PARGLENDER e SALAMA, 2013, p. 100). Daí por que, sem descuidar da contribuição do pensar científico e do sopesamento das prováveis consequências das diversas interpretações que o texto legal comporta, deve o aplicador do Direito se atentar também para a importância da defesa dos valores democráticos e constitucionais (2013, p. 135-163).

Como bem ilustra o caso objeto do presente trabalho, no horizonte do agir pragmático está a busca da “melhor ação”, e esta, conforme a lição de William James, será aquela que contribuir

para o “todo melhor”, ou seja, para um mundo no qual o menor número de ideais tenha de ser comprometido ou sacrificado, o que não pode ser conhecido *a priori*, mas apenas empiricamente. E, portanto, “assim como deve haver vitória e derrota, a vitória a ser filosoficamente venerada é aquela do lado mais inclusivo” (HAACK, 2008, p. 187).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pragmatismo, segundo o próprio William James, é um novo nome para velhas formas de pensar (apud POGREBINSCHI, 2005, p. 14). É antes de tudo, um método orientado por uma atitude de permanente questionamento de todo postulado, suspeição sobre toda premissa, e compreensão do conhecimento científico como um permanente projeto e de toda proposição como provisória. Nesse sentido, consideramos a decisão proferida Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.574.681/RS efetivamente pragmatista.

Como se procurou demonstrar, a Sexta Turma, por ocasião do julgamento do referido recurso, posicionou-se de forma propriamente antifundacionista e fabilista ao reconhecer a necessidade de permanente reavaliação dos precedentes a fim de lhes assegurar contornos consentâneos com a evolução social, pois o Direito não é a-histórico. Sob ângulo diverso, sem descuidar dos desafios implicados na atuação policial, os julgadores consideraram, a partir da contraposição das consequências possíveis de cada caminho interpretativo, que a melhor decisão, no caso, seria aquela que prestigiasse mais amplamente o direito à inviolabilidade domiciliar, dando-lhe efetividade e concretude.

Verificou-se, ademais, tomando como ponto de partida este estudo de caso, que o pragmatismo coloca em evidência o contexto da descoberta em detrimento do contexto da justificação, não tolerando o emprego de raciocínios simulados e artificialmente engendrados para legitimar conclusões prévias. A racionalidade do método pragmatista não está vinculada à certeza sobre quaisquer conclusões, mas à sua propriedade de autocorreção permanente, a partir da incessante colocação em dúvida de seus pressupostos, em um esforço investigativo coletivo e convergente.

Não se trata, entretanto, de dizer que a argumentação pragmática, contextual e empírica possa ser instrumentalizada para justificar a relativização de direitos positivados e garantias

historicamente conquistadas; deve antes ser uma ferramenta a mais para a realização do espírito do ordenamento jurídico, que, em um Estado de Direito, está ligado à promoção da inclusão e à redução das desigualdades. Nesse sentido, parafraseando Susan Haack (2008, p. 188-189), podemos concluir que o pragmatismo jurídico representa um elo a mais em um longo e contínuo processo de invenção e experimentação de arranjos sociais, em busca de encontrar, tal qual idealizado por William James, a ordem mais inclusiva e que melhor contribua para o florescimento humano.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização.** In: XIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf. Acesso em: 24 nov. de 2019.
- ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.574.681/RS. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJe 30/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575162&num_registro=201503076023&data=20170530&formato=PDF. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro.** In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 363-385.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- DEWEY, John. **The Essential Dewey. Volume I: Pragmatism, Education, Democracy.** Editado por Larry Hichman e Thomas Alexander. Bloomington, Indiana University Press, 1998.
- DEWEY, John. **O desenvolvimento do Pragmatismo Americano.** Revista Eletrônica de Filosofia, São Paulo, v. 5, n. 2, dez,-2008, p. 119-132.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

HAACK, Susan. **Concern for Truth: What it Means, Why it Matters**. In: GROSS, Paul R.; LEVITT, Norman; LEWIS, Martin (Org.). *The Flight from Science and Reason*, New York: New York Academy of Sciences, 1996, p. 57-63.

HAACK, Susan. **Dos falibilistas em busca de la verdad**. *Anuario Filosófico*, v. 34, 2001, p. 13-38.

HAACK, Susan. **O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico**. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 33, jul.dez./2008, p. 161-198.

KELLOGG, Frederic Rogers. **Falibilismo jurídico: o direito (como a ciência) enquanto forma de investigação comunitária**. In: ALVES, Pedro Spindola Bezerra; REGO, George Browne (Org.). *Pragmatismo, teoria do conhecimento e filosofia do direito: artigos coligidos de Frederic Kellog*. Recife: Ed. UFPE, 2019.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências. A lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito**. João Pessoa: Ed. Ideia, 2013.

PARGLENDER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhoff. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, jan.abr./2013, p. 95-144.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Será o Neopragmatismo Pragmatista?**. *Novos Estudos*, v. 74, mar./2006, p. 125-138.

POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard Allen. **Legal pragmatism**. *Metaphilosophy*, v. 35, n. 1-2, jan./2004a, p. 147-159.

POSNER, Richard Allen. **Legal pragmatism defended**. *University of Chicago Law Review*, v. 71, 2004b, p. 682-690.

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

THE SANCTITY OF THE HOME AND THE DECISION ISSUED BY THE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IN “RESP 1.574.681”: NOTES IN THE LIGHT OF LEGAL PRAGMATISM

ABSTRACT

The decision issued by the Sixth Chamber of the “Superior Tribunal de Justiça” in the ruling of “Recurso Especial 1.574.681/RS” represents a decisive turn in the comprehension of the reach of the right to the sanctity of the home and, as well as its connections to other interests safeguarded by law and the Constitution. This paper aims to review such ruling using the theoretical framework provided by legal pragmatism, in order to demonstrate to what extent this shift results of pragmatic reasoning, regarding particularly its antifoundationalist and consequentialist dimensions. Therefore, we intend to show that this precedent contributes to the improvement of law enforcement and the prevention of police abuse.

Keywords: Sanctity of the home. Illegal evidence. Legal pragmatism. Consequentialism. Antifoundationalism.

CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL EM SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE

*Fabia Sabrina Lins Matias*²⁹

*Marcello Borba Martins Araquan Borges*³⁰

RESUMO

O presente artigo trata do direito ao Benefício de Prestação Continuada a estrangeiros residentes no Brasil e que se adequam aos requisitos de deficiência, idade e não possuem meios de manter o próprio sustento, bem como, o ter mantido por sua família. Para tanto, essa pesquisa se construirá através de conceitos jurídicos e sociais, trazidos por doutrinadores do direito, dentre eles Walber de Moura Agra (2018), Fábio Zambitte Ibrahim (2015) e Alexandre Freitas Câmara (2017), com o intuito de garantir a aplicação de alguns princípios constitucionais tais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Além disso, será feita uma análise do benefício e seus critérios para concessão, seu amparo legal e jurisprudencial. Como objetivos específicos tem o intuito de descrever acerca da assistência social no Brasil; averiguar a possibilidade de concessão de BPC para estrangeiros residentes no país; e, apresentar alguns casos após o Recurso Extraordinário 587.970 do Supremo Tribunal Federal. A metodologia utilizada foi o método dialético, através da abordagem qualitativa, com caráter bibliográfico-descritivo. Com o deslinde da pesquisa se chega à conclusão quanto a constitucionalidade da concessão de amparo social a estrangeiros que residem no país.

Palavras-chave: Assistência Social. Benefício de Prestação Continuada. Estrangeiros. Repercussão geral. Possibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A Assistência Social, ramificação da Seguridade Social, caracteriza-se como uma garantia do Estado aos necessitados, que visa à plena aplicação do fundamento constitucional da dignidade

²⁹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca-Unifavip Devry. Email: fabiaslmatias@hotmail.com

³⁰ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2017). Atualmente é professor universitário do Centro Univeristário Vale do Ipojuca-Unifavip Devry. Email: mb_borba@hotmail.com

da pessoa humana. Estando no rol dos direitos sociais, vem garantir assistência aos desamparados no valor de um salário mínimo por mês, sem precisar de prévia contribuição para tanto. Encontra seu fundamento constitucional no art. 203, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Neste contexto, há grande divergência quanto a possibilidade de concessão desse benefício aos estrangeiros residentes no Brasil e que se enquadram nos critérios legais de deficiência/idade e miserabilidade. Assim, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) vem indeferindo os pedidos com base em critérios do art. 1º da lei nº 8.742/93. Tal instituto vem dizer que este seria apenas um direito do cidadão, brasileiro nato ou naturalizado, contradizendo com isto muitos princípios presentes no texto maior, sendo um deles a garantia de igualdade entre brasileiros e estrangeiros presente no caput do art. 5º, da CRFB/88.

O Brasil sempre foi aberto e amistoso quanto a chegada de estrangeiros e não faria sentido uma norma infralegal ir de encontro ao texto constitucional e excluir os estrangeiros da assistência social; fragilizando indivíduos na fase em que mais necessitam de um amparo em sua vida, deficiência e velhice, apenas com fundamento de nacionalidade, ferindo de morte a dignidade da pessoa humana tão buscada no pós-ditadura.

No direito assistencial, o bem tutelado é a subsistência do indivíduo, razão pela qual os benefícios têm caráter alimentar. O entendimento dos tribunais superiores já caminha por uma perspectiva de possibilidade de amparo a esses sujeitos, sendo inclusive reconhecida a possibilidade através de decisão proferida em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Neste sentido, levanta-se o seguinte questionamento: é constitucional a concessão de Benefício de Prestação Continuada (BPC) a estrangeiros residentes no Brasil em situação de miserabilidade?

O trabalho tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade da concessão de Benefício de Prestação Continuada a estrangeiros residentes no Brasil em situação de miserabilidade. Através dos seguintes objetivos específicos: descrever acerca da assistência social no Brasil; discutir sobre a concessão de Benefício de Prestação Continuada para estrangeiros residentes no país; e, apresentar casos após o Recurso Extraordinário (RE) 587.970 do STF.

Este trabalho se dará mediante a abordagem qualitativa, pois estuda-se através da dinamicidade que tem a realidade e se pauta nas evoluções da sociedade. Deste modo, irá trazer a

análise e interpretação de conceitos trazidos de diversos ramos do direito e de grandes juristas para exame do tema.

O método desta pesquisa é o dialético. A concepção moderna de método dialético se pauta no conceito de Hegel (*apud* GIL, 2008, p. 13), no qual dizia que: “a lógica e a história da humanidade seguem uma trajetória dialética, nas quais as contradições se transcendem, mas dão origem a novas contradições que passam a requerer solução”. Assim sendo, este estudo se enquadra na concepção dialética porque irá abordar a aplicação e a compreensão do direito como um sistema normativo não apenas positivista, mas sim com a perspectiva de aplicabilidade ao caso concreto em caso de conflito de normas.

A pesquisa descritiva, utilizada no presente estudo, é aquela que analisa, observa, registra e correlaciona os dados sem manipulá-los. Busca-se fazer uma análise minuciosa do objeto de estudo e o aprofundamento, já que se pressupõe um conhecimento do pesquisador sobre o assunto. Segundo Gil (2008, p. 28): “As pesquisas descritivas são, juntamente com as exploratórias, as que habitualmente realizam os pesquisadores sociais preocupados com a atuação prática”.

Foram utilizados documentos como dados, principalmente os jurisprudenciais. Marconi e Lakatos (2003, p. 174) discorrem da seguinte maneira a característica dessa forma de coleta de dados: “A característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias”. Essa forma possibilitará a colheita das informações necessárias para todo o decorrer do trabalho além de que permitirá recorrer-se a várias perspectivas da mesma situação, na qual se obterá entendimentos de diversas naturezas.

A técnica a ser utilizada foi a análise de conteúdo. Esse tipo de análise busca a classificação e categorização dos dados coletados e tem o objetivo de ajudar o entendimento dos conteúdos de uma forma sistematizada. Foram utilizados três sistemas de categorias: a) Assistencial social: 1) conceito; b) Possibilidade de concessão do BPC a estrangeiros: 1) sob a ótica legal e 2) interpretação judicial; c) Panorama atual do tema: 1) aplicação prática baseada na jurisprudência.

A importância social do presente tema se dá porque é cada vez maior o número de pessoas que procuram o Poder Judiciário como uma luz ante as decisões arbitrárias do INSS, o que acarreta cada vez mais demandas ajuizadas perante os Juizados Especiais Federais. O grupo que invoca esse auxílio judicial é formado por uma massa hipossuficiente, que em linhas gerais depende do benefício para a sobrevivência. Por isso, o trabalho visa alcançar os integrantes envolvidos nesse

processo (juízes, advogados, defensores públicos, estudiosos do direito etc.) de forma a construir-se uma conscientização da importância de debate do tema e de que a aplicação da lei em sentido estrito pode causar danos irreparáveis aqueles que mais dependem dela.

O trabalho também contribuirá academicamente na propagação do estudo do tema que raramente é debatido na academia, mas que ganha mais força diante do fluxo migratório e da globalização. Caminha por um viés inovador, visto que, poucos trabalhos abordam o tema tratando do cenário criado após a decisão de repercussão geral do STF.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Assistência Social no Brasil

Dentre muitas de suas funções, o Estado possui o dever de proteger seus indivíduos no caso de eventos que sejam capazes de impossibilitar a própria subsistência como: desemprego, velhice, morte, prisão, doença, invalidez ou maternidade. Neste contexto, surge a Seguridade Social que consiste em um “conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde” (IBRAHIM, 2015, p. 4).

Dentro da Seguridade Social, a assistência social sobreveio com o intento de ajudar o ser humano nos momentos mais difíceis e que mais precisa de ajuda. É um dos instrumentos que objetiva garantir alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem quaisquer distinções.

Os direitos sociais estão fundamentados no Capítulo II da Constituição Federal, e o art. 6º estabelece que: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Segundo Canotilho (1993, p. 502) os direitos sociais invocariam em três sentidos: em primeiro lugar estes direitos seriam de todos; em segundo lugar haveria uma intervenção prioritária em face daqueles que não estão em páreo de condições sociais, econômicas ou de saúde com os

demais e por conta disso não poderiam exercer plenamente estas garantias; e, em terceiro lugar a tendência democrática destes direitos que visa uma isonomia entre os cidadãos.

Uma das maiores consequências da globalização é a informatização do trabalho, ocasião que fez diminuir em larga escala o número de trabalhadores nas grandes empresas. Diante desse cenário, é grande a quantidade de trabalhadores que foram obrigados a trabalhar na informalidade (sem anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS) e de pessoas aptas a se filiarem como contribuintes individuais que não o fazem, o que diminui a parcela de contribuição na previdência social e faz com que muitos fiquem desamparados em eventos como velhice e incapacidade. Ou seja, o trabalho não possui mais o condão de integrar o indivíduo à sociedade e os programas de assistência social possibilitariam este amparo em detrimento da ausência de proteção social através do trabalho (MOTA, 2006).

Sposati (2007) atenta no sentido histórico de que o Brasil, desde sua criação, sempre possuiu mais trabalhadores informais do que formais, relembra o período de abolição da escravidão, em que os ex-escravos se viam obrigados a trabalhar sem qualquer garantia de direitos para manter sua sobrevivência. A autora afirma que:

Nunca fomos uma sociedade de pleno emprego. Lembremos as barreiras criadas aos negros para sobreviver e trabalhar no pós-libertação da escravidão. No pensamento idealizado liberal permanecia a ideal moral pela qual atribuir benefícios ao trabalhador formal era um modo de disciplinar e incentivar a trabalhar o trabalhador informal, tido por vadio (SPOSATI, 2007, p. 12-13).

Assim, a assistência social serve para integrar o indivíduo a sociedade e para diminuir a exclusão social, que é passada geralmente para as futuras gerações do grupo familiar caso não haja a intervenção estatal. Os seus recursos são da seguridade social e exigir contribuição desses indivíduos só aumentaria a desigualdade e a inacessibilidade dessa população marginalizada (AGRA, 2018).

O texto maior de 1988 elencou o tema da assistência social em seus arts. 203 e 204. O art. 203³¹ da Constituição Federal de 1988 diz que será prestada a quem dela necessitar, ou seja, aqueles indivíduos que não possuem condições financeiras de manter o próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, também não necessitará de contribuição para tanto. Já o inciso V traz expressamente a garantia a percepção do BPC: “a garantia de um salário mínimo de benefício

³¹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Além disso, o benefício também possui respaldo infralegal na Lei nº 8.742 de 1993 conhecida popularmente como LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social), que regula a forma de organização da assistência social.

O Benefício de Prestação Continuada, também conhecido como Benefício de Amparo Assistencial, é uma ajuda no valor de um salário mínimo concedido a idosos ou pessoas com deficiência que preencherem os requisitos trazidos pela norma.

Para isso, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: a miserabilidade, comprovada por aquele que tenha como renda per capita do grupo familiar o valor inferior ao $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo; idade de 65 (sessenta e cinco) anos para os idosos ou prova da deficiência que impossibilite o exercício de atividade laborativa pelo período mínimo de dois anos.

Com relação ao critério de miserabilidade, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da LOAS, por entender que o critério da renda per capita de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo estaria defasado para análise da miserabilidade e que o Juiz deveria analisar outros aspectos para julgar este ponto (STF RE 567985 e RE 580963, 2013). Por não ter pronúncia de nulidade, o referido parágrafo continua no ordenamento jurídico, contudo, não exclui a análise global da situação financeira do beneficiário (STF ARE 834476, 2015).

Também há a súmula 79 da Turma Nacional de Uniformização (TNU) dos Juizados Federais Especiais Federais, julgada em 15/04/2015, que diz: “Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.” Ou seja, serão utilizados outros métodos de avaliação pelo juiz.

2.2 Concessão de Benefício de Prestação Continuada aos Estrangeiros Residentes no Brasil

A lei nº 13.445/17 instituiu a Lei da Migração, trazendo regulamentação a direitos e garantias ao imigrante e dando-lhe o reconhecimento como sujeito de direitos, baseando-se na dignidade da pessoa humana. Assegurando inclusive o acesso a Seguridade Social (saúde,

assistência e previdência), bem como a outros direitos sociais como direito ao acesso à educação, trabalho, lazer e assegurando entre os indivíduos a igualdade de tratamentos e oportunidades.

Geralmente um indivíduo que decide migrar não possui em seus país de origem garantias de uma vivência digna, sofrendo até violações de direitos humanos. Muitos não possuem acesso a direitos sociais básicos como educação, moradia, alimentação e garantias trabalhistas e buscam no país para qual irão migrar essa assistência. O país que receberá esse indivíduo, que já pode ser considerado vulnerável em vários aspectos, deve garantir esses direitos básicos (VERAS, 2010).

A lei descreve ainda o conceito de imigrante em seu art. 1º, §1º, II, que diz que imigrante seria “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”. Mazzuoli (2015) conceitua estrangeiro como os demais indivíduos que estão em um país, seja temporária ou definitivamente, mas possuem outra ou nenhuma nacionalidade. Veras (2010), assevera também que a migração não gera apenas uma alteração de efeitos territoriais, mas também sociais, uma vez que interfere na seara residencial, de trabalho e de amizades.

Neste sentido, é importante destacar que o art. 203, V, da CRFB/88 preceitua que a assistência social que será concedida “a quem dela necessitar”, observa-se que o texto constitucional não faz nenhuma referência a qualidades do indivíduo de ordem étnica, cultural ou de nacionalidade. Além disso, no art. 194, I, da CRFB/88 estabelece como um dos princípios da Seguridade Social a universalidade, ou seja, ela deve ser acessível a todos sem distinção, reforçando a ideia de igualdade.

Logo no art. 1º da lei 8.742/93, expõe-se que a assistência social seria direito do cidadão, o que levou a muitos entenderem como sendo apenas um direito de nacionais. Segundo Bulos (2015), a cidadania seria um *status* que qualificaria o nacional a exercer seus direitos políticos ativos e passivos, ou seja, de votar e ser votado.

O Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011, em seu art. 7º dispõe que será prestado o benefício a brasileiros natos ou naturalizados, que preencham os critérios legais e estejam residindo no Brasil, portanto, a celeuma paira diante dos estrangeiros que residem no Brasil, no entanto, não são naturalizados.

Diante desse argumento, o INSS vem indeferindo requerimentos de benefícios de prestação continuada a estrangeiros, mesmo sendo provados os requisitos inerentes ao percebimento, quais

sejam: a miserabilidade, idade de 65 (sessenta e cinco) anos para os idosos ou prova da deficiência, fundamentando em linhas gerais a ausência de cidadania brasileira.

O Brasil tem sido bastante aberto no recebimento de estrangeiros, permitindo inclusive, que continuem residindo aqui, não teria motivo então para extingui-los da Seguridade Social pelo mero fato de não possuírem a nacionalidade brasileira. A exclusão do estrangeiro estaria afrontando o princípio da igualdade, uma vez que estaria fazendo acepção entre brasileiros e estrangeiros (IBRAHIM, 2015).

O art. 5º, *caput*, da CRFB/88 assegura que: “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”. Agra (2018) dispõe que em decorrência desse princípio a lei não pode criar diferenças fáticas onde não há e apenas se justificaria desigualdade com o escopo de gerar a igualdade fática. Trata-se da chamada igualdade material aristotélica.

Além disso, a negativa configuraria grave afronta aos fundamentos da República Federativa do Brasil, constante no texto da Carta Magna de 1988, como a dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III, que de acordo com Agra (2018) a dignidade da pessoa humana seria um complexo de direitos inerentes ao ser humano e que sem eles nos tornaríamos apenas coisa.

Bulos, ao conceituar princípios constitucionais aduz que o interesse tutelado numa norma é tão importante quanto um tutelado por um princípio, diz ainda que: “Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico” (BULOS, 2015, p. 508).

Entende-se que a lei não poderia restringir o benefício de prestação continuada para estrangeiros já que o texto constitucional, que está no topo do ordenamento jurídico, não o faz. A mera condição de estrangeiro não deve ser impeditiva do recebimento se preenchidos os demais requisitos para concessão.

Sob a ótica de Ibrahim (2015), a restrição somente seria aceitável caso a União provasse veementemente, não apenas com alegações, mas com provas concretas, a impossibilidade de prestação. O mesmo autor aduz ainda que atualmente não há motivo para a não abrangência dos estrangeiros residentes no país, portanto, não haveria justificção razoável para ocorrência desta discriminação, além do mais por tratar-se de garantia ao mínimo existencial (IBRAHIM, 2015).

No ano de 2017, em sede recurso extraordinário de repercussão geral o STF entendeu ser possível a concessão do BPC a estrangeiros residentes no país, ou seja, todo o Poder Judiciário deve aplicar esta tese em casos semelhantes. Foi aprovado o tema 173 da repercussão geral: “Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais” (STF. RE 587970, 2017).

O STF decidiu que a condição de estrangeiro não deve ser óbice para o recebimento do BPC, pago pelo INSS, aos que preencherem os requisitos. Negou-se provimento ao RE 587970, em que o INSS recorria da decisão proferida pela Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região, que julgou procedente o pedido de benefício assistencial a uma italiana residente no Brasil há cinquenta e sete anos.

Em seu voto, o relator ministro Marco Aurélio defendeu que a intenção do constituinte foi conferir proteção àqueles que vivem na pobreza, sem distinção. Destaca ainda que no conflito entre visões jurídicas, deve prevalecer aquela em consonância com a dignidade da pessoa humana. Salienta o fato do Brasil, desde sua origem, ser formado por imigrantes (STF RE 587970, 2017), vejamos:

(...) Em verdade, ao lado dos povos indígenas, o País foi formado por imigrantes, em sua maioria europeus, os quais fomentaram o desenvolvimento da nação e contribuíram sobremaneira para a criação e a consolidação da cultura brasileira. Incorporados foram a língua, a culinária, as tradições, os ritmos musicais, entre outros. Desde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro no País foi incentivada e tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em cheque em momento de fragilidade do ser humano – idade avançada ou algum tipo de deficiência. (...)

Do voto do ministro Alexandre de Moraes foi possível concluir que o legislador constitucional teria utilizado um critério de territorialidade e não de nacionalidade ao definir quem receberia o benefício. Ou seja, aquele que estiver em território nacional e ali fixou residência com *animus* definitivo, seja brasileiro nato ou naturalizado, estrangeiro residente no Brasil, terá direito ao BPC (STF RE 587970, 2017).

2.3 Panorama atual após o julgamento do Recurso Extraordinário 587.970

Antes mesmo da tese de repercussão geral fixada pelo STF, a jurisprudência nos Tribunais Regionais Federais já julgava favoravelmente a concessão do BPC aos estrangeiros com residência no Brasil, além disso, os doutrinadores já entendiam pelo cabimento deste direito.

Mesmo a legislação não possuindo em seu seio a expressão efeito vinculante para as decisões de repercussão geral do STF, doutrinariamente entende-se que as teses fixadas são de observância obrigatória perante os demais órgãos do Poder Judiciário. O Acórdão terá força de precedente vinculante perante os demais órgãos jurisdicionais. Câmara (2017, p. 480), por sua vez, conclui que:

Por fim, deve-se dizer que no caso de o precedente vinculante fixado através da técnica do julgamento de recursos excepcionais repetitivos versar sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização (como se dá, por exemplo, com serviços como telefonia ou fornecimento de energia elétrica), o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalizar a efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (art. 1.040, IV).

Ou seja, o autor afirma que a tese de repercussão geral deverá ser observada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelas demais entidades competentes de administrar o serviço de que trata a decisão do STF, essa observância é obrigatória e possui natureza vinculante.

Ocorre que, mesmo diante da força vinculante da tese elaborada pelo Supremo, a autarquia previdenciária continua negando os pedidos de amparo assistencial com fundamento na exigência de ser o estrangeiro naturalizado.

A Defensoria Pública da União (DPU), que é um órgão que atua na assistência jurídica de indivíduos hipossuficientes e tem competência para atuar perante o Poder Judiciário da União, é procurada diariamente por diversas pessoas em busca de orientação jurídica, tendo inclusive, atuado como *amicus curiae* no RE 587970. Em diversas situações, a população procura a DPU por ver seus direitos violados pelo INSS e necessitarem de um advogado público para pleitear judicialmente a garantia da aplicação da lei, em casos de indeferimentos arbitrários e ilegais de benefícios perante o INSS.

Em 2018, um italiano de oitenta e um anos, residente no Brasil, no estado da Bahia, desde 1997, procurou o órgão defensorio federal, pois teve seu pedido administrativo indeferido pelo INSS sob argumento de que inexistiria previsão legal de concessão do amparo a estrangeiros e a

exigência de naturalização, mesmo tendo preenchido os requisitos de idade e miserabilidade, já que não tinha meios de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família³².

Diante disso, foi ajuizada uma ação perante a Justiça Federal, a qual foi julgada procedente pela 9ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, que condenou o INSS a conceder o benefício assistencial para o autor no prazo de quinze dias, bem como ao pagamento dos valores atrasados desde a data de realização da perícia social.

A DPU ajuizou ainda ação civil pública (ACP) de nº 1026018-31.2018.4.01.3400 no Distrito Federal pois a nacionalidade continua sendo motivo para indeferimento dos pedidos de amparo junto ao INSS. O objeto da ação foi uma Portaria Conjunta nº 03 que o Ministro de Estado do Desenvolvimento Social e o Presidente do INSS editaram e que em seu art. 7º, *caput*, I, previa que para requerer o benefício seria necessário ter nacionalidade brasileira, sendo nato, naturalizado ou português equiparado. Em suma, foi requerida a anulação/cassação do referido artigo, bem como, que o INSS se abstivesse de indeferir pedidos com base unicamente no critério de nacionalidade. Em decisão que deferiu a tutela de urgência, o juiz argumentou que a administração havia ido além dos poderes regulamentares a ela investidos e determinou a suspensão da eficácia do artigo objeto da ação.

No entanto, sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito devido à litispendência da ACP 0006972-83.2012.4.01.3400 (21ª Vara Federal/SJDF) e a ACP 5019260-18.2018.4.04.7107 (3ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS). Quanto à ACP 0006972-83.2012.4.01.3400, a sentença entendeu pela a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da parte do art. 1º, da Lei nº 8.742/1993, que restringe aos cidadãos brasileiros o direito à assistência social, pelo que determinou à Autarquia abster-se de indeferir os requerimentos de benefícios assistenciais que tenham por fundamento, de modo exclusivo, a nacionalidade dos requerentes. Foi negado provimento ao apelo do INSS e da União.

O que se verifica é que na prática, dificilmente um estrangeiro que não seja naturalizado ou português equiparado irá conseguir administrativamente a concessão do benefício assistencial, contudo, com a negativa e a judicialização da demanda, caso sejam preenchidos os requisitos, o indivíduo estrangeiro irá obter êxito na concessão do amparo.

³² <https://www.dpu.def.br/noticias-bahia/136-noticias-ba-slideshow/48565-dpu-garante-beneficio-assistencial-a-italiano-residente-no-brasil>

Um dos princípios da Seguridade Social é a universalidade, que se consubstancia do princípio da igualdade, tendo com premissa tratar igualmente aqueles que estão perante um risco social (TELES, 2016). Segundo Sposati (2013), essa universalidade mostra-se em confronto com as regras do capital, que em regra são pautadas na desigualdade.

De mais a mais, o não reconhecimento desse direito a estrangeiros é um caminho ao retrocesso social e afronta a nova ordem contemporânea que é baseada na aplicação dos direitos humanos e dos princípios democráticos.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Diante da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada foram obtidos alguns resultados que amadurecem o campo de debate sobre o tema, bem como se levanta a discussão de alguns pontos. Com isso, compreende-se pela constitucionalidade da concessão de BPC para estrangeiros residentes no Brasil, já que sua vedação traz direta afronta a princípios e a norma constitucional.

3.1 Assistência Social no Brasil

A assistência social torna-se extremamente necessária no contexto histórico brasileiro, que traz as desigualdades desde o seu descobrimento e a assistência veio como uma política de desenvolvimento que visa garantir um mínimo existencial para aqueles que se encontram em situação de disparidade com as demais pessoas da sociedade. De acordo com Agra (2018), a assistência surgiu como um meio de evitar a profunda miséria da nação e garantir a segurança social e o crescimento econômico.

Uma característica das normas sociais, que traz os direitos sociais que são de segunda geração, é que elas representam o compromisso do Estado com a justiça social, redução das desigualdades e proteção aos hipossuficientes.

Com a informatização do trabalho manual, muitos trabalhadores se viram obrigados a trabalhar por conta própria, o que faz diminuir a taxa de contribuição previdenciária. Políticas de incentivo a contribuição previdenciária por parte dos estrangeiros, em sua maioria trabalhadores informais, fariam aumentar a proteção social em eventos incapacitantes para o trabalho.

O art. 203, V, da CRFB/88, neste sentido, traz a possibilidade de concessão do BPC aqueles que preencherem os requisitos legais (miserabilidade e deficiência/idade). Como não traz a necessidade de preenchimento de nenhum critério relacionado à cidadania brasileira, entende-se que o texto constitucional não tinha o objetivo de vedar o recebimento com base em critérios de nacionalidade.

Deverá o beneficiário demonstrar possuir mais de 65 (sessenta e cinco) anos no caso de BPC a idosos; prova da deficiência que impossibilite o indivíduo de viver em pé de igualdade com as demais pessoas e que inviabilize a realização de tarefas do dia a dia, essa deficiência deverá ter o período mínimo de dois anos e em casos de reversão da patologia, é perfeitamente possível a cessação do benefício; por fim, deverá ser provado o critério da miserabilidade de que o indivíduo não possuía meios de garantir a sua subsistência nem de tê-la havida por sua família. Esses são os requisitos trazidos pela LOAS e que também não criam óbice para o recebimento do benefício por estrangeiros.

Como foi demonstrado, o critério da miserabilidade passou por mudanças jurisprudenciais e apesar do INSS não estar vinculado a seguir o entendimento judicial, no ajuizamento da demanda haverá viabilidade de vitória já que o juiz analisará a pobreza em um contexto macrossocial e não a cidadania do pleiteante.

A CFRB/88 juntamente com a LOAS vem buscando a proteção daqueles que mais necessitam, objetivando prover o mínimo existencial, como meio de garantir uma certa equidade entre os membros da sociedade e com isso abarcam todos aqueles que necessitam.

3.2 Concessão de Benefício de Prestação Continuada aos Estrangeiros Residentes no Brasil

A lei da migração (Lei nº 13.445/17) traz proteção e direitos ao imigrante, conceituando o que seria imigrante e assegurando o direito a Seguridade Social e outros direitos sociais.

O texto constitucional, todavia, goza de hierarquia perante as demais normas do corpo jurídico nacional, diante de tal afirmativa, não há nenhuma restrição trazida por ele a aplicação da assistência social a estrangeiros. Como bem frisado durante todo o trabalho, trata-se de direito garantido a todos, sem distinções de raça, religião, etnia e de origem.

Por isso, percebe-se que um dos princípios da hermenêutica constitucional contemporânea é o da Supremacia da Constituição, ou seja, a Constituição goza de supremacia diante das demais

normas, não se admitindo nenhuma interpretação contrária a ela. Exige-se a necessidade de conciliar os dispositivos que estão em rota de colisão no caso concreto.

A restrição a concessão de BPC pelo estrangeiro, conforme especificado, afrontaria os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agra (2018, p. 210) assevera que o princípio da isonomia busca uma igualdade jurídica, de direitos entre os cidadãos, vejamos:

Através deste princípio não se tenciona igualar os homens de forma arbitrária, pois, nos casos em que foi tentado, essa política resvalou em redundante fracasso, como nas políticas implementadas no início da Revolução Chinesa. A igualdade almejada é a jurídica, em que a lei não pode discriminar cidadãos que estejam em semelhantes situações.

Diante do arcabouço técnico, frisa-se que em sede de RE, o INSS recorreu de decisão que concedeu o BPC a uma italiana residente no Brasil há 57 (cinquenta e sete anos), o STF estabeleceu repercussão geral e fixou tese de que: “Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais” (STF RE 587970, 2017).

No voto do ministro relator Marco Aurélio foi possível depreender que o Brasil nunca criou restrições para a chegada e moradia de estrangeiros, fazendo isso inclusive, parte de seu contexto de desenvolvimento histórico, não haveria motivos então para a lei infralegal (já que a CRFB/88 não o faz) trazer impedimentos dessa natureza. O voto do ministro Alexandre de Moraes levantou o argumento de que o texto constitucional usa de um critério territorial e não de nacionalidade (STF RE 587970, 2017).

Para conferir um mínimo de segurança jurídica ao INSS ou ao Poder Judiciário na concessão do BPC a estrangeiros, é necessário que o Congresso Nacional atue rapidamente na votação de uma alteração no art. 7º, do decreto nº 7.617/11 para não restringir o benefício a brasileiros natos ou naturalizados, pois assim, a norma infralegal caminhará em conformidade com o texto constitucional.

3.3 Panorama atual após o julgamento do Recurso Extraordinário 587.970

Mesmo diante da tese de repercussão geral fixada pelo INSS, os TRFs já entendiam pela possibilidade de concessão de BPC a estrangeiros residentes no Brasil.

Sabe-se que o RE possui efeito vinculante perante os demais órgãos jurisdicionais, bem como, perante a entidade da administração pública que presta o serviço tratado, conforme o entendimento de Câmara (2017).

Contudo, mesmo diante da força vinculante que se entende ter esse tipo de decisão, o INSS se nega a aceitar administrativamente o benefício. Como se sabe, a decisão do STF não vincula o Poder Legislativo e se valendo disso que a autarquia, através do Ministro do Desenvolvimento Social e o Presidente do INSS editou a Portaria Conjunta nº 03 em que o art. 7º, *caput*, I, que previa a necessidade da naturalização para que os estrangeiros fossem beneficiados com o amparo.

No entanto, a DPU ajuizou a ação civil pública requerendo a cassação/anulação do citado artigo, bem como, que o INSS deveria se abster de negar benefícios assistenciais com base apenas no critério de nacionalidade. O juiz deferiu a tutela de urgência pedida na ação pela DPU.

Atenta-se pela afronta ainda do princípio da seguridade social da universalidade, o qual garante que todos, preenchendo os requisitos, têm direito ao aproveitamento dos benefícios da seguridade social.

Reforça-se, assim, a necessidade de atuação do Poder Legislativo a fim de editar o art. 7º, do decreto nº 7.617/11 para que não seja necessário cada vez que um estrangeiro requerer o BPC tenha que ajuizar uma demanda judicial para conseguir seu benefício. Por tratar-se de um benefício assistencial que possui caráter alimentar e pela sabida demora no julgamento das ações no Poder Judiciário, deve ter seu devido regulamento infralegal (pois o constitucional já possui).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou os preceitos da assistência social no Brasil, sua aplicação e seus requisitos; a possibilidade de concessão de BPC a estrangeiros residentes no Brasil; e o panorama atual após o julgamento do RE que 587.970 que reconheceu a possibilidade de aplicação do benefício aos estrangeiros.

A assistência social, regulada pelo art. 203 e 204 da CRFB/88 e pela LOAS (Lei nº 8.742/93), traz o BPC como um amparo assistencial aqueles que em eventos de velhice e deficiência, demonstrada a miserabilidade, terão direito a receber do Estado o auxílio no valor de um salário mínimo, abrangendo a norma constitucional todos aqueles que necessitam. É um Direito

Fundamental Social, devido a todos, sem distinção pautada na nacionalidade, com o fim de concretizar a garantia ao mínimo existencial e alcance da dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se com a presente pesquisa que o argumento do INSS ataca a Constituição da República e seus princípios, entendendo-se pela constitucionalidade desse direito a estrangeiros residentes no Brasil.

Sendo assim, através dos conceitos expostos no presente trabalho, infere-se que entendimento contrário causa enorme desequilíbrio social, já que o Brasil sempre foi receptivo a chegada de estrangeiros no território e a exclusão deles da assistência social feriria a CFRB/88. Não há indícios dos prejuízos causados pelo reconhecimento desse direito, prejuízos esses que devem ser demonstrados concretamente para embasar argumento contrário ao BPC para estrangeiros.

Também é importante destacar a importância da regulamentação desse direito na norma infralegal, para que o INSS possa deferir os pedidos realizados na via administrativa e os beneficiários não necessitem passar pelas intempéries de um moroso processo judicial, prejudicando ainda mais a sua dignidade como pessoa humana.

Portanto, o trabalho de modo geral visou demonstrar a constitucionalidade quanto a assegurar aos estrangeiros residentes no Brasil o amparo social e como consequência o direito de viver dignamente em momentos de vulnerabilidade social, com a aplicação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia, através da concessão do BPC.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Fórum, 2018.

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

BRASIL. **Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm#art125. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 834476/RJ. Agravante: Maria Pelônia Santos.

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Dias Toffoli, 03 de março de 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8163859>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. Recurso Extraordinário nº 567.985/MT. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Reclamada: Alzira Maria de Oliveira Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio, 18 de abril de 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. Recurso Extraordinário nº 580.963/PR. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Reclamada: Blandina Pereira Dias. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ucrzd2YS280J:www.stf.jus.br/portal/pr/ocesso/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D184261323%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. Recurso Extraordinário nº 587.970/SP. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Reclamada: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Ministro Marco Aurélio, 20 de abril de 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2621386>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula nº 79. Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal. Brasília, DF: Turma Nacional de Uniformização. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=79&PHPSESSID=2nigr9od1e41p3k5pa8d086g82>. Acesso em: 20 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MGM. **DPU obtém tutela de urgência em ação contra o INSS para beneficiar migrantes**. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/48042-dpu-obtem-tutela-de-urgencia-em-acao-contra-o-inss-para-beneficiar-migrantes>. Acesso em: 6 out. 2019.

MML/MMO. **DPU garante benefício assistencial a italiano residente no Brasil**. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-bahia/136-noticias-ba-slideshow/48565-dpu-garante-beneficio-assistencial-a-italiano-residente-no-brasil>. Acesso em: 6 out. 2019.

MOTA, Ana Elizabete. Seguridade Social Brasileira: Desenvolvimento Histórico e Tendências Recentes. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**. São Paulo: Cortez, 3. ed, p. 40-49, 2006. Disponível em: http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-2.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

SPOSATI, Adaílza. **A menina LOAS: um processo de construção da assistência social**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SPOSATI, Adaílza. Proteção social e seguridade social no Brasil: pautas para o trabalho do assistente social. **Serv. Soc. Soc.** São Paulo, n.116, p.652-674, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n116/05.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

TELES, Katia Cristine Oliveira. **A Aplicação do Princípio da Subsidiariedade como Forma de Alcançar a Universalidade na Seguridade Social por Meio do Subsistema de Assistência Social**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2016.

VERAS, Nathália Santos. Direitos Humanos dos Migrantes na Jurisprudência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Textos&Debates**. Boa Vista, n.18, p. 251-268, 2010. Disponível em: <http://ufr.br/ppgsof/index.php/component/phocadownload/category/4-anais-comunicacao.html?download=140:041>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CONSTITUTIONALITY OF THE CONCESSION OF BENEFIT OF CONTINUED PROVISION TO FOREIGN RESIDENTS IN BRAZIL IN SITUATION OF MISERABILITY

ABSTRACT

This article deals with the right to the Continued Payment Benefit to foreigners resident in Brazil and who meet the requirements of disability, age and have no means of maintaining their own support, as well as having

it maintained by their family. Therefore, this research will be built through legal and social concepts, brought by legal scholars, among them Walber de Moura Agra (2018), Fábio Zambitte Ibrahim (2015) and Alexandre Freitas Câmara (2017), in order to ensure the application of some constitutional principles such as human dignity and equality. In addition, an analysis will be made of the benefit and its criteria for granting, its legal support and case law. The specific objectives are to describe about social assistance in Brazil; investigate the possibility of granting BPC to foreigners residing in the country; and, to present some cases after the Extraordinary Appeal 587.970 of the Supreme Federal Court. The methodology used was the dialectical method, through the qualitative approach, with bibliographic-descriptive character. With the lack of research, it is concluded that the constitutionality of granting social protection to foreigners residing in the country.

Keywords: Social assistance. Continued Payment Benefit. Foreigners. General repercussion. Possibility.

DECISÕES PROGRESSISTAS E *BACKLASH*: REAÇÕES CONSERVADORAS AO RECONHECIMENTO JUDICIAL DO DIREITO DE UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL E NA COLÔMBIA

*Yago da Costa Nunes dos Santos*³³

*Isabela Santos Dias*³⁴

*Jaime Barreiros Neto*³⁵

RESUMO

Tendo em vista que o *backlash* consiste em um plexo de esforços político-jurídicos, envidados por setores que se opõem às decisões contrárias aos seus interesses, usualmente conservadores, o presente artigo se propõe a analisar a reação política e social às decisões da Corte Constitucional colombiana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que juridicamente reconheceram a união homoafetiva. Nesse sentido, concluiu-se que, tanto no Brasil quanto na Colômbia, as forças conservadoras se opuseram ao pronunciamento das Cortes, obstaculizando o reconhecimento de novos direitos em prol dos indivíduos e dos grupos LGBTI, conquanto não tenham conseguido êxitos legislativos aptos a alterar os precedentes vinculantes.

Palavras-chave: *Backlash*. União homoafetiva. Controle de Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A superação dos regimes autoritários e a implementação de constituições democráticas e ecléticas, a partir do final do século XX, na América Latina, fortaleceu a realização de direitos de segunda e terceira dimensão, com especial valorização dos direitos humanos. Nesse contexto,

³³ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Email: yago.cnunes@gmail.com

³⁴ Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Email: isabelasantosdias@hotmail.com

³⁵ Analista Judiciário do TRE-BA. Professor da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia. Doutor em Ciências Sociais, mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Email: jaimebarreirosneto@globo.com

países como Argentina, Brasil, Chile, Uruguai, Bolívia e Colômbia vivenciaram o avivamento das lutas em prol da tutela e do reconhecimento dos grupos LGBTI³⁶ em suas sociedades.

São notáveis os avanços em termos de proteção dos direitos das populações LGBTI nestes países, especialmente em decorrência de interpretações das Cortes Constitucionais, que têm verbalizado a necessária garantia da igualdade material entre as pessoas, independentemente das suas orientações sexuais. Contudo, alguns estudos apontam a existência de uma reação político-social conservadora, oriunda de setores que envidam esforços para manter o *status quo* preexistente à tais decisões ou revertê-las através do *lobby* parlamentar.

Este fenômeno de oposição às decisões progressistas das Cortes Constitucionais, denominado de *backlash effect* por estudiosos norte-americanos, tem sido objeto de pesquisas recentes no contexto da América Latina. Assim, este trabalho pretende realizar um cotejo entre as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Corte Constitucional Colombiana em relação ao reconhecimento do direito de união entre pessoas do mesmo sexo, avaliando se e como o *efeito backlash* tem se manifestado nestes contextos.

Para tanto, inicialmente, far-se-á uma breve análise histórica acerca do reconhecimento de direitos e o efeito *backlash*, focando, por razões metodológicas, no cenário latino-americano. Em seguida, o fenômeno será estudado sob a perspectiva de reação ao reconhecimento do direito de união entre pessoas do mesmo sexo pela Corte Constitucional Colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Por fim, serão traçadas as diferenças e as semelhanças entre o *backlash* nestes países, a fim de evidenciar os problemas comuns ao reconhecimento de direitos fundamentais na América Latina

2 O RECONHECIMENTO DE DIREITOS PELAS CORTES E O EFEITO BACKLASH

Normalmente relacionado ao ativismo congressional (FONTELES, 2019, p. 73-104), o *backlash* é identificado desde, pelo menos, os julgamentos dos casos *Brown v. Board of Education* (POST; SIEGEL, 2007, p. 373-374), *Furman v. Georgia* (MARMELSTEIN, 2015, p. 5) e *Roe v. Wade* (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 191) pela Suprema Corte norte-americana, podendo ser

³⁶ LGBTI é uma sigla utilizada para denominar lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais (PÉREZ, 2014, p. 149).

atualmente identificado nos movimentos sociopolíticos, via de regra conservadores, que sucedem decisões polêmicas tomadas pelo Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Cass Sustein (2007, p. 01) afirma que tal fenômeno consiste na “intensa e duradoura desaprovação social de uma decisão do Judiciário, acompanhada de medidas agressivas para resistir a esta decisão e remover sua força jurídica”, sendo certo que grandes vozes do constitucionalismo americano o vislumbram como verdadeira condição para o desenvolvimento da própria visão constitucionalizada do Direito (POST; SIEGEL, 2007, p. 374).

Independentemente do debate acerca da normalidade do *backlash* nos regimes constitucionais, fato é que sua presença tem sido notada nos mais diversos contextos políticos (KANO, 2011; SEEKINGS, 2006), conquanto seja especialmente estudada no continente americano. A adequada análise deste fenômeno e suas peculiaridades exige, portanto, uma digressão conceitual, sob pena de se incorrer em incompreensões ou equívocos decorrentes de conclusões açodadas.

2.1 A construção histórica do conceito de *backlash*

A noção de *backlash* varia de acordo com a perspectiva em que o fenômeno é percebido. Assim, embora o seu conceito inicial esteja atrelado a ideia presente na terceira lei de Newton - para toda ação sobre um objeto, em resposta à interação com outro objeto, existirá uma reação de mesmo valor e direção, mas com sentido oposto (HALLIDAY, 2016, p. 256) -, no âmbito do direito, a sua manifestação tem sido relacionada com a resposta, a miúdo conservadora, às decisões políticas e judiciais, que representam uma ameaça ao *status quo* (VALLE, 2013, p. 5-6). Assim, para George Marmelstein (2015, p. 3) “o *backlash* é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”.

Para Robert Post e Reva Siegel (2007, p. 376) o *backlash* expressa o desejo de um povo dotado de liberdade para influenciar o conteúdo de suas constituições. Assim, para o constitucionalismo democrático, este fenômeno ocorre quando a integridade do direito colide com a necessidade de legitimação democrática à ordem constitucional.

Seguindo esta mesma linha, Krieger (2010) entende que o fenômeno tende a ser percebido quando uma mudança legislativa destoa diretamente de normas ou instituições prezadas por influentes camadas sociais. Logo, a sua percepção se aproxima daquela expressada pelo Supremo

Tribunal Federal do Brasil que, no julgamento da ADI nº 4578/DF, afirmou ser o *backlash* “um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos” (BRASIL, 2012).

Com efeito, embora o termo *backlash* não seja tradicionalmente utilizado pelos estudiosos da América Latina, é possível vislumbrar a identidade entre este fenômeno e que se tem apontado como “*movilización y contramovilización*”. Nesse sentido, esta contramobilização pode ser entendida como uma reação coletiva, organizada, que defende o *statu quo* frente aos avanços legais no reconhecimento de direitos (LÓPEZ, 2018, p. 163-164). Isso fica claro no pensamento de Alba M. Ruibal (2015, p. 185), para quem

En América Latina, a partir de recientes reformas judiciales y de la creciente incorporación del discurso de los derechos humanos y los derechos fundamentales, se puede esperar que el campo conservador también use el discurso legal para encuadrar y presentar sus reclamos y que apele a marcos jurídicos similares a los usados por los movimientos que buscan la ampliación de derechos.

Nota-se, por conseguinte, que a mobilização dos grupamentos sociais defensores de pautas progressistas, embora tenha angariado avanços na concretização de direitos fundamentais, encontra-se, hodiernamente, vulnerável aos riscos decorrentes de uma contramobilização, articulada por aqueles que percebem tais mudanças enquanto ataques aos seus costumes.

Destarte, essencial se mostra analisar de forma pormenorizada a origem destes acontecimentos, a fim de perceber a sua manifestação inicialmente no direito norte-americano, mas especialmente destacando as suas recentes exteriorizações no palco político-jurídico dos países latinos.

2.2 Origens do Backlash e sua verificação no direito latino-americano

O *backlash* no mundo contemporâneo talvez tenha sido substancialmente notado a partir dos fatos subsequentes ao julgamento do caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte norte-americana, em 1954. Na ocasião, revertendo o posicionamento adotado em *Plessy v. Ferguson* (1896), que por décadas serviu de supedâneo para a discriminação com base na cor da pele nos Estados Unidos (BERNSTEIN, 1963), a Corte unanimemente declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas (BELL JR, 1980).

Com efeito, após o julgamento deste caso, vislumbrou-se uma forte reação social, especialmente no tocante ao fortalecimento de políticos pró-segregação, bem como à mobilização de alguns estados, que adotaram medidas legais para obstruir os efeitos da decisão em suas escolas. Tanto assim que, mais de dez anos depois da apreciação do caso pela Corte, em 1968, dois terços dos estudantes negros ainda frequentavam “*virtually all-black schools*” nos Estados Unidos (NEW YORK TIMES, p. da internet).

O mesmo cenário de contramobilização social se repetiu após o julgamento dos casos *Miranda v. Arizona* (1966), *Furman v. Georgia* (1972), *Roe v. Wade* (1973) e, mais recentemente, depois da apreciação de *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) (FONTELES, 2019, p. 146-155).

Na América Latina, os pesquisadores costumam destacar o efeito *backlash* resultante da consolidação dos direitos reclamados pelos grupos feministas, especialmente no tocante à igualdade material e a descriminalização do aborto.

Na última década, produziram-se reformas que têm liberalizado, em graus distintos, a criminalização da interrupção da gravidez em países como Uruguai, Argentina, Colômbia, México e Brasil. No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida no bojo da ADPF nº 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. A decisão gerou instantânea reação do Congresso Nacional que, a partir da articulação das chamadas “bancada da bala” e “bancada da bíblia”, propôs, por exemplo, a alteração constitucional constante da PEC 29/2015, que visa acrescentar no art. 5º da Constituição Federal “a explicitação inequívoca da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

Já na Colômbia, após a Corte Constitucional, em 2006, liberalizar a regulação do aborto, o Ministério de Saúde e o Ministério Público envidaram esforços para efetivar as determinações contidas na sentença. Todavia, com a assunção do procurador Alejandro Ordoñez e da procuradora delegada para Assuntos da Mulher, Miriam Hoyos, permitiu a rearticulação das vozes mais conservadores que doravante se viram representadas. Assim, o órgão ministerial passou a bloquear a execução da sentença da Corte Constitucional, obstaculizando a garantia do acesso ao aborto nos casos judicialmente permitidos e estimulando a pressão exercida por funcionários públicos conservadores (RUIBAL, 2014, p. 120).

A luta feminista também levou a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* a entender, no julgamento do caso F., A.L. (2012), que, nas hipóteses de gravidez resultante de estupro, o aborto não se subsume a conduta tipificada enquanto punível pela lei penal. Neste sentido, também declarou que a prática médica do aborto, nestas circunstâncias, prescinde de autorização judicial, assim como de provas concretas do abuso sexual ou de processo contra o suposto agressor. Em que pese a decisão tenha sido aclamada por grupos progressistas, houve notável resistência à concretização de suas disposições (MONTE, 2018, p. 117).

Na província de Córdoba, por exemplo, após a aprovação do “*Guía de procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de abortos no punibles*”, pelo seu Ministério de Saúde, uma organização pró-vida ingressou com demanda judicial para questioná-lo. Nesta ocasião, o juiz de primeira instância, afastando-se do precedente firmado pela Corte Suprema de Justicia, decidiu que a regulação do aborto não punível é uma exceção e, portanto, a interrupção da gravidez decorrente de abuso sexual requer uma intervenção de equipe interdisciplinar apta a provar que a violação sexual efetivamente ocorreu. Na prática, este precedente tentou reestabelecer um controle médico sobre a prática do aborto, provocando um *backlash* judicial conservador sobre a decisão da Corte (MONTE, 2018, p. 117).

Estes exemplos, por si só, apontam para a manifestação do *backlash* no contexto político-jurídico de diversos países latino-americanos. No entanto, nota-se que grande parte das pesquisas focam nos aspectos relativos à mobilização e contramobilização dos direitos das mulheres, pouco abordando a concretização dos direitos LGBTI.

Diante disso, nos tópicos a seguir, descrever-se-á o reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo, na Colômbia e no Brasil, e o *backlash* dele resultante.

3 RECONHECIMENTO DO DIREITO DE UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PELA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O EFEITO *BACKLASH*

De maneira semelhante à realidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro (VIEIRA, 2018, p. 174-179), a Corte Constitucional colombiana paulatinamente transformou sua postura omissiva ou deferente em uma atuação responsiva. Esta modificação no *modus operandi* da Corte repercutiu em diversas esferas e grupamentos sociais, já que possibilitou a prolação de decisões pioneiras acerca do aborto (COLÔMBIA, 2006), da eutanásia (COLÔMBIA, 1997a), da descriminalização

de drogas (COLÔMBIA, 1994), da autonomia e da influência dos índios sobre seus territórios (COLÔMBIA, 1997b), dos direitos dos trabalhadores da rua (SU-360/99) e das profissionais do sexo (COLÔMBIA, 2010), do casamento entre pessoas do mesmo sexo (COLÔMBIA, 2007), entre outras temáticas.

Especificamente no tocante à garantia de direitos LGBTI, costuma-se dividir a jurisprudência do tribunal em três períodos. O primeiro deles, que perdurou até 1995, é marcado pela ausência de proteção, havendo, inclusive, decisões que chancelam a discriminação negativa de indivíduos e grupos LGBTI. Foi nesta época, por exemplo, que a Corte proibiu a veiculação de campanha televisiva de combate à AIDS, por haver uma cena de beijo entre dois homens. Em outros dois precedentes, julgados em 1994 e 1995, legitimou-se a punição de atos homoafetivos nas forças armadas, por serem supostamente lesivos à honra militar (CARDINALI, 2017, p. 32).

A segunda fase, compreendida entre 1995 e 2007, representa a época em que o Tribunal passou a sedimentar forte jurisprudência tendente à proteção individual de pessoas LGBTI (CARDINALI, 2017, p. 32). A título de exemplo, no precedente firmado no âmbito do C-481/1998, julgou-se inconstitucional a aplicação de penalidades a professores em razão de serem gays, ao passo em que, nos casos C-507/1999 e C-431/2004, a Corte modificou seu histórico entendimento para repelir diplomas normativos que possibilitavam a punição de militares LGBTI³⁷.

Por fim, desde 2007, a Corte Constitucional Colombiana tem proferido decisões que explicitam ou reconhecem direitos aos casais homoafetivos. Assim, inicialmente se decidiu que as uniões maritais entre pessoas do mesmo sexo implicavam os mesmos direitos patrimoniais reconhecidos às uniões de fato (C-075/2007). Em seguida, “a Corte Constitucional estendeu aos casais homossexuais o mesmo regramento vigente para casais de pessoas de sexo distintos no tocante à seguridade social (C-811/2007 e T-856/2007), à previdência (C-336/2008, T1241/2008 e T-357/2013) e a “porção conjugal”/meação (C-283/2011)” (CARDINALI, 2017, p. 37).

³⁷ “Da mesma forma a Corte determinou a readmissão de alunos que foram expulsos do colégio em decisão que teria sido motivada pela homossexualidade dos autores (T101/1998), bem como determinou a matrícula de uma aluna que a teve negada em função de seu jeito masculino (T-435/2002). Indicou, ainda, que a alegação genérica e abstrata de violação dos direitos de menores não poderia ser utilizada pela administração para negar a realização de evento público de interesse da comunidade LGBT (desfile das candidatas do “Reinado Nacional Gay”; T-268/2000) e excluiu a possibilidade de punição disciplinar de notário em função de sua homossexualidade (C-373/2002). Em uma decisão interessante sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais, determinou a readmissão de instrutor de escotismo que havia sido expulso da “Associação de Escoteiros da Colômbia” após ter sido filmado em uma manifestação pública pró-direitos LGBT, indicando que, em que pese as associações poderem editar seus próprios regramentos, estes não podem ser arbitrários ou discriminatórios (T-808/2003). Por fim, reforçou as garantias de não ser importunado pela polícia meramente em função de sua orientação sexual (T-301/2004) e de não sofrer discriminação em estabelecimentos prisionais (T-1096/200419 e T-439/2006)”. (CARDINALI, 2017, p. 32)

O raciocínio ínsito a estes pronunciamentos da Corte levava em consideração uma dupla fundamentação: por um lado, a necessária proteção ao direito à igualdade e, por outro, a imprescindível garantia do livre desenvolvimento da personalidade (LEMAITRE RIPOLL, 2009, p. 82). E foi também com base neste entendimento que, em 2016, o Tribunal reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

De fato, na *Sentencia* SU214/16, a Corte Constitucional julgou que a Constituição Política da Colômbia não veda o matrimônio de pessoas do mesmo sexo, já que o artigo 42 não pode ser interpretado de forma isolada, mas em harmonia com os princípios da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade. Nessa linha, argumentou-se que

Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad (COLÔMBIA, 2016).

Esta decisão, na esteira das anteriores, teve importante papel mobilizador dos grupos que se articulam em prol dos direitos LGBTI. Realmente, após a realização de pesquisa empírica, Rodrigo Uprimny e Mauricio García Villegas concluíram que “estas victorias judiciales parece además haber trascendido el campo jurídico, en la medida en que ha fortalecido la propia identidad y autorrespeto de los homosexuales” (GARCIA; UPRIMNY, 2004, p. 847)

No entanto, a mobilização dos grupos ativistas não encontrou o eco necessário para a aprovação de reformas legais em prol dos LGBTI (LEMAITRE RIPOLL, 2009, p. 84-85). Em verdade, o oposto ocorreu: as instâncias políticas opuseram forte reação conservadora em face da decisão proferida na SU214/16, constatando-se a existência de verdadeiro *backlash*.

De imediato, diversos manifestantes protestaram contra o pronunciamento judicial, defendendo a proibição do matrimônio igualitário e erguendo bandeiras contrárias à adoção por casais homoafetivos. Jairo López, com vistas nesse contexto, afirma que estas marchas “en ‘defensa

de la familia’, contra ‘la ideología de género’ y contra la ‘educación homosexual’, esgrimen un lenguaje de discriminación que forma parte de una reacción coordinada contra las conquistas de los movimientos LGBTI” (LÓPEZ, 2018, p. 179).

Ainda neste contexto, em setembro de 2016, organizações colombianas ligadas à igreja católica se juntou com outras de países vizinhos, também vinculadas ao cristianismo, e promoveu uma reunião no México, onde foi criada a Frente Latinoamericana pelo direito à vida e à família (LÓPEZ, 2018, p. 179).

Esta entidade, composta por membros oriundos da Colômbia, México, El Salvador, Peru e do Brasil expressou que organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU) e outros órgãos internacionais e nacionais de direitos humanos estão impulsionando uma “ideologia de gênero”, que corrói os valores das sociedades (LÓPEZ, 2018, p. 179).

Além disso, lideranças evangélicas, articulando-se com setores políticos e empresariais e encontrando respaldo do partido Centro Democrático, posicionaram-se fortemente no debate público acerca do Acordo de Paz firmado, entre o governo nacional e as FARC, em 26 de setembro de 2016 (LÓPEZ, 2018, p. 176). Assim, o acordo não logrou ser aprovado pelo plebiscito realizado naquele ano, tendo 50,2% dos votantes respondido “não” à pergunta “você apoia o acordo final para a finalização do conflito e a construção de uma paz estável e duradoura?” (FARIAS, 2018, p. 13). Segundo alguns estudiosos, a população rejeitou o acordo de paz com as FARC, dentre outros motivos, em razão do exposto reconhecimento, no documento, de que o conflito afetou, de maneiras distintas, homens, mulheres, e os grupamentos LGBTI (RONDÓN, 2017, 139-140). Segundo Marina Cardoso Farias (FARIAS, 2018, p. 14).

Uma das principais estratégias usadas por aqueles que promoviam a rejeição do acordo envolveu uma campanha, que circulou por diversos meios (principalmente redes sociais) segundo a qual o acordo seria contra a família, promoveria o aborto e traria uma série de medidas contra as “leis naturais ou divinas” do gênero e sexo. Essa campanha focava principalmente na ideia de que o acordo entre o governo colombiano e as FARC-EP promovia a chamada “ideologia de gênero”.

[...]

Parte da campanha ativa contra o acordo de paz e envolvendo o ativismo contra os avanços recentes dos direitos LGBTI envolvem: 1) a declaração de um pastor de Bogotá, Marco Fidel Ramírez, alegando que os arquitetos do acordo planejavam usar o acordo para avançar o casamento de pessoas do mesmo sexo, alegando que “uma família na Colômbia consiste em um homem e uma mulher” (CASEY, 2016); 2) passeatas contra o acordo, nas quais os manifestantes alegavam que as FARC também “negociavam a destruição da família” (MUELLE, 2017, p. 188); 3) um post viral no Facebook no qual se lia: “Colômbia está em perigo! De cair sob o controle de uma ditadura comunista com a passagem iminente de uma ideologia de gênero.” (GIRALDO, 2017); e 4) uma mensagem que

circulou amplamente pelo WhatsApp alegando que um dos artigos do acordo de paz exigia “o estabelecimento da ideologia de gênero na Constituição” (GIRALDO, 2017).

De fato, logo após a rejeição do acordo na consulta plebiscitária, o ex-presidente Álvaro Uribe Vélez proferiu discurso mediante o qual reforçou a importância dos valores familiares e religiosos, afirmando que o acordo de paz visava dissolver as tradições morais da sociedade colombiana, como a distinção biológica entre homens e mulheres (CÉSPEDES-BÁEZ, 2016, p. 183).

Essa retórica conservadora, na verdade, passou a ser adotada por grande parte dos políticos colombianos, que perceberam a força dos setores evangélicos e católicos daquela sociedade. Por isso, os principais partidos políticos (Partido Conservador, o Movimento Independente de Renovação Absoluta, o Partido Liberal, e o Partido Mudança Radical) sofreram ainda mais influxos das ideologias cristãs em seus planos de ação (LÓPEZ, 2018, p. 197).

Ao lado disso, a contramobilização conservadora também foi percebida nas atitudes institucionais da Procuradoria Geral da República colombiana, então chefiada por Alejandro Ordóñez, cuja carreira foi marcada pelos frequentes antagonismos com os grupamentos pró-direitos LGBTI³⁸. Além de ter publicamente afirmado que a homoafetividade é uma enfermidade, opondo-se à adoção por casais do mesmo sexo, Ordóñez mobilizou a estrutura da procuradoria para se opor à luta pelo reconhecimento dos direitos de união LGBTI, chegando-se a promover uma espécie de “objeção de consciência” a ser alegada por instituições e órgãos públicos, a fim de evitar o reconhecimento das uniões homoafetivas (LÓPEZ, 2018, p. 180).

4 O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O EFEITO *BACKLASH*

O reconhecimento da união homoafetiva integrou e integra, por todo o mundo, a pauta de luta do movimento LGBTI. No Brasil, parte da doutrina nacional, há muito tempo, arguia que a previsão do art. 226 da Constituição Federal seria meramente exemplificativa, pois “não se pode

³⁸ Em 2006, Ordóñez lançou um livro intitulado “Ideología de género: utopía trágica o subversión cultural”. Na obra, ele defende que os grupos LGBTI pretendem derrubar as estruturas culturais da sociedade colombiana por meio de uma revolução marxista. Segundo ele, a luta pelo reconhecimento dos direitos dos LGBTI, em verdade, consiste em um golpe anti-cristão que resultará na destruição das famílias tradicionais. (MALDONADO, 2006).

deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos” (DIAS, 2010. p. 192-206)

Pautado nesta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 132-RJ e a ADI nº 4277-DF, reconheceu, por meio de interpretação conforme à Constituição, a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando a esta todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, que, por sua vez, encontram-se consagrados no art. 226, §3º da Constituição Federal e no artigo 1.723 do Código Civil. Nesta senda, o Ministro Relator das ações, Ayres Britto, votou no sentido de que:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade (...) Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. (...) Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011).

Contudo, alguns Estados, olvidando o teor da decisão vinculante do STF, ainda não reconheciam a união estável entre pessoas do mesmo sexo, de modo que foi necessário que o Conselho Nacional de Justiça editasse a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, em cujo texto se vedou “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2013).

Entretanto, tais mudanças, embora louváveis, ocasionaram a reação, praticamente imediata, das instâncias políticas: no dia 16 de outubro do mesmo ano, o Deputado Federal Anderson Ferreira (PR-PB) apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 6583/2013, que dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. O texto do projeto, já em seu artigo 2º, define entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre um *homem* e uma *mulher*, por meio

de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Nesse contexto, foi, igualmente, debatido o Projeto de Decreto Legislativo conhecido como “projeto da cura gay”, de autoria do deputado federal João Campos (PSDB-GO), que a despeito de ser sido aprovado pela Comissão de Direitos Humanos, então presidida pelo deputado Marco Feliciano (PSC-SP), acabou sendo retirada de tramitação por pedido do próprio autor (ZAGURSKI, 2017, p. 171).

Não obstante, em 2014, o deputado Pastor Eurico (PSB-PE) também apresentou o projeto de Decreto Legislativo nº 1457/2014, objetivando sustar os efeitos da Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, editada pelo Conselho Federal de Psicologia (BRASIL, 2014). Esta resolução fixa normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual, vedando tratamentos com o objetivo de reverter a homossexualidade³⁹.

Seguindo esta mesma linha, em 2016, o deputado Ezequiel Teixeira (PTN-RJ) apresentou o Projeto de Lei nº 4.931/2016, que versa sobre o “direito à modificação da orientação sexual em atenção à Dignidade Humana”. Por meio de tal proposta legislativa, busca-se possibilitar que o profissional de saúde mental atenda e aplique terapias com o propósito de alterar a orientação sexual de indivíduos de homossexual para heterossexual (BRASIL, 2016).

Nesta conjuntura, um juiz, da 14ª Vara do Distrito Federal, deferiu um pedido de tutela provisória para suspender os efeitos da Resolução nº 001/1990, do Conselho Federal de Psicologia, determinando que o órgão “não a interprete de modo a impedir os psicólogos de promoverem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, pertinente à (re)orientação sexual, garantindo-lhes, assim, a plena liberdade científica acerca da matéria” (BETIM, 2019, p. da internet).

Por conseguinte, torna-se evidente que houve um aumento do conservadorismo e a radicalização das bandeiras de direita no Brasil. Nota-se, em verdade, uma espécie de backlash generalizado aos novos direitos assegurados, tanto pelos governos de centro-esquerda, que anteriormente encontravam-se no poder, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou uma postura mais responsiva a partir de 2010.

³⁹ “Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados”.

Tal conclusão salta aos olhos ao se analisar os resultados de um estudo de antropologia digital realizado, após a eleição de 2018, pelo IDEIA Big Data, especificamente entre os evangélicos (de classe C, entre 25 e 45 anos). Os dados dessa pesquisa, citada por Moura e Corbellini (2019, p. 80) revelam a lista de expectativas desse grupo em relação ao governo Bolsonaro, figurando, entre elas, o fim à “ideologia de gênero” nas escolas e o combate ao “kit gay”.

Neste ponto, o raciocínio de Mark Lilla (2018, p. 34) pode ser utilizado para entender a atual conjuntura brasileira. Para o professor da Universidade Columbia, a ascensão do conservadorismo, além de estar associada ao distanciamento social das esquerdas, encontra-se conectada ao fato de os liberais tenderem a recorrer ao Judiciário a fim de contornar o processo legislativo sempre que o parlamento deixa de produzir os resultados por eles desejados. Desta maneira, as forças progressistas renunciam o poder de convencimento inerente à democracia, sendo este, então, monopolizado pela ultradireita, que, vencendo eleições, obtêm êxitos político-legislativos significativos.

Por este prisma, não é desarrazoado apontar a existência de uma espécie de disfunção no sistema de *checks and balances*, já que o Poder Legislativo, por meio de *backlashes*, tem resistido às decisões do Judiciário em matérias moralmente controversas, a exemplo do reconhecimento da união homoafetiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cotejo entre o contexto político que sucedeu o reconhecimento jurídico da união homoafetiva pela Corte Constitucional colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro revela que, em ambos os casos, o *backlash* conservador foi imediato e de largas proporções. Na Colômbia, diferentemente do Brasil, os grupamentos conservadores encontraram ainda apoio da Procuradoria Geral da República, que, por meio da sua cúpula, envidou esforços para conformar os efeitos da decisão da Corte.

Fato, contudo, é que o efeito *backlash*, tanto na Colômbia quanto no Brasil, não foi suficiente para reverter as decisões tomadas pelos órgãos judicantes em prol dos LGBTI. No máximo, a atitude conservadora obstaculizou novos progressos em termos de reconhecimento de

direitos ou fomentou um acirramento do debate público, possibilitando o fortalecimento de políticos e plataformas extremistas.

No Brasil, as medidas legislativas que visam combater a decisão do STF permanecem em trâmite, mas não há engajamento congressional para a sua aprovação com celeridade. Poder-se-ia dizer, no entanto, que a ideologia conservadora que se opôs ao pronunciamento vinculante da Corte acabou influenciando, ainda que indiretamente, na eleição de um parlamento mais conservador em 2014 e em 2018.

Já no caso da Colômbia, o *backlash* foi forte o suficiente para impedir um importante acordo entre o Estado e as FARC, que findaria um histórico conflito armado. Porém, também não se constata a existência de medidas legislativas efetivamente implementadas, que teriam o condão de reverter a decisão. Por isso, em ambos os países, o pronunciamento das Cortes tem sido respeitado, ainda que relevantes vozes se ergam contra ele.

REFERÊNCIAS

BELL JR, Derrick A. Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. **Harvard Law Review**, p. 518-533, 1980.

BERNSTEIN, Barton J. Plessy v. Ferguson: Conservative sociological jurisprudence. **The Journal of Negro History**, v. 48, n. 3, p. 196-205, 1963.

BETIM, Felipe. **‘Cura gay’: o que de fato disse o juiz que causou uma onda de indignação**. El País Brasil, 20 set. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/19/politica/1505853454_712122.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 1457, de 2014**. Susta os efeitos da Resolução nº 01, de 22 de março de 1999, editada pelo Conselho Federal de Psicologia - CFP. Câmara dos Deputados: Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611176>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4931, de 2016**. Dispõe sobre o direito à modificação da orientação sexual em atenção a Dignidade Humana. Câmara dos Deputados: Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081600>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. 16 out. 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. **Resolução CFP nº 001/99 de 22 de março de 1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Brasília, DF. 22 de mar. 1999. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Diário da Justiça, 15 maio 2013b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4578/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. p. 14. Diário da Justiça Eletrônico, 16 fev. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 14 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 nov. 2019.

CARDINALI, Daniel Carvalho. Direitos LGBT e Cortes Constitucionais Latino-Americanas: Uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 31, p. 25-68, 2017.

CÉSPEDES-BÁEZ, Lina M. Gender Panic and the Failure of a Peace Agreement. **Symposium on the Colombian Peace Talks and International Law**, 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **C-075/2007**. Sala Plena. Autor: Marcela Sánchez Buitrago e outros. Relator: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **C-221/1994**. Sala Plena. Autor: Alexandre Sochandamandou. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 5 de maio de 1994. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>. Acesso em: 04 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **C-239/1997**. Sala Plena. Autor: José Eurípides Parra. Relator: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 20 de maio de 1997a. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **C-355/06**. Sala Plena. Autor: Mónica del Pilar Roa López e outros. Relatores: Jaime Araújo Rentería e Clara Inés Vargas Hernandez. Bogotá, 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **C-577/2011**. Sala Plena. Autor: Carlos Andrés Echeverry Restrepo e outros. Relator: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, 26 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>. Acesso em: 16 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **SU-039/1997**. Sala Plena. Autor: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA. Relator: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 3 de fevereiro de 1997b. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **SU-214/2016**. Sala Plena. Autor: Luis Felipe Rodríguez Rodas e outros. Relator: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 28 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **SU-360/99**. Sala Plena. Autor: Ana Mercedes Martínez de García e outros. Réu: Governador Maior de Bogotá e outros. Relator(a): Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 19 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1999/SU360-99.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **T-629/2010**. Terceira Sala de Revisão. Autor: LAIS. Réu: Bar Discoteca PANDEMO, de propiedad del señor ZOTO. Relator: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. In: **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Marina Cardoso. União homoafetiva, backlash e o acordo de paz com as FARC. **Dom Helder Revista de Direito**, v. 1, n. 1, p. 6-18, 2018.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019.

GARCIA, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GARCIA, Mauricio (Eds.). **Emancipación Social y Violencia en Colombia**. Bogotá: Editorial Norma, 2004.

HALLIDAY, David. **Fundamentos de física**. Vol.1: mecânica. 10. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

KANO, Ayako. Backlash, fight back, and back-pedaling: responses to state feminism in contemporary Japan. **International Journal of Asian Studies**, v. 8, n. 1, p. 41-62, 2011.

KRIEGER, Linda Hamilton. **Backlash against the ADA: Reinterpreting disability rights**. University of Michigan Press, 2010.

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. O amor em tempos de cólera: direitos LGTB na Colômbia. **Sur, Rev. int. direitos human**, v. 6, n. 11, p. 78-97, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LILLA, Mark. **O progressista do ontem e do amanhã: desafios da democracia liberal no mundo pós políticas identitárias**. Tradução de Berilo Vargas – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LÓPEZ, Jairo Antonio. Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Respuestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos. **Estudios sociológicos**, v. 36, n. 106, p. 161-187, 2018.

MALDONADO, Alejandro Ordóñez. **Ideología de género: utopía trágica o subversión cultural**. Universidad Santo Tomas: Editora APC, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. 05 set. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 22 mar. 2019.

MONTE, María Eugenia. Aborto, abuso sexual y control médico. La sentencia de la Corte Suprema Argentina en F., AL y el backlash judicial en la provincia de Córdoba. **Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos**, n. 7, p. 107-121, 2018.

MOURA, Maurício; CORBELLINI, Juliano. **A eleição disruptiva: Por que Bolsonaro venceu**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

NEW YORK TIMES. **Brown V. Board of Education: Uneven Results 30 Years Later**. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1984/05/17/us/brown-v-board-of-education-uneven-results-30-years-later.html>. Acesso em: 3 ago. 2019.

PÉREZ, Gloria Careaga. The protection of LGBTI rights: An uncertain outlook. **SUR-Int'l J. on Hum Rts.**, v. 20, 2014.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, p. 373 e ss., 2007.

RONDÓN, Manuel Alejandro Rodríguez. La Ideología de Género Como Exceso: Pánico Moral y Decisión Ética en la Política Colombiana. **Revista Latinoamericana: Sexualidad, Salud y Sociedad**. Rio de Janeiro, n° 27, p. 128-148, 2017.

RUIBAL, Alba M. Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina. **Política y gobierno**, v. 22, n. 1, p. 175-198, 2015.

RUIBAL, Alba. Feminismo Frente a Fundamentalismos Religiosos. Movilización Y Contra-Movilización En Torno a Los Derechos Reproductivos (Feminism Counters Religious Fundamentalisms. Mobilization and Counter-Mobilization in the Field of Reproductive Rights). **Revista brasileira de ciência política**, n. 14, p. 111 e ss., 2014.

SEEKINGS, Jeremy. The Carnegie Commission and the Backlash against Welfare State-Building in South Africa, 1931-1937. **Centre for Social Science Research**, University of Cape Town, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper n°. 157, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Feeral_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica?auto=download. Acesso em: 24 mar. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 174-179.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, v. 16, n. 03, 2017, p. 171

PROGRESSIVE DECISIONS AND BACKLASH: CONSERVATORY REACTIONS TO THE JUDICIAL RECOGNITION OF HOMO-AFFECTIVE UNIONS IN BRAZIL AND COLOMBIA

ABSTRACT

Taking under consideration that backlash can be defined as a range of political and juridical efforts made by sectors of society that are opposed to decisions against their interests, this article aims to analyze the social and political reaction arising from the decisions of the Constitutional Court of Colombia and the Supreme Court of Brazil that have recognized the homo-affective unions. Therefore, it is concluded that in Brazil and Colombia the conservatory forces are opposed to the ruling of the Courts,

hindering the recognition of rights of the LGBTI. However, there was no legislative success able to alter those binding precedents.

Keywords: Backlash. Homo-affective unions. Constitutionality control.

DISPENSA COLETIVA: A FALHA DO ESTADO EM PROPORCIONAR SEGURANÇA JURÍDICA PELA LEI 13.467/2017

*Karine Cordazzo*⁴⁰

*Cleber Rodrigues Ramos*⁴¹

*Lucas Franco da Silva*⁴²

RESUMO

As recentes e questionáveis resoluções aplicadas pelos tribunais no alusivo a Lei 13.467/17 fomenta novas discussões acerca dessa lei que já é questionada desde sua elaboração, por seu lado, os tribunais carecem de pacificação jurisdicional para efetivar o direito, sob responsabilidade de o aplicarem de maneira desmedida e incorrer no prejuízo do elo mais fraco, o trabalhador hipossuficiente. Por isso, o presente trabalho busca explicar as diversas decisões referentes ao Art. 477-A da CLT; devido a nova perspectiva da relação de trabalho adotada, torna-se necessário utilizar, principalmente, o direito comparado, além da doutrina, jurisprudência e legislação pátria, como meio para evidenciar a disparidade desse dispositivo com o Estado Democrático de Direito, assim como o poder judiciário não consegue proporcionar segurança jurídica, impactando a sociedade.

Palavras-chave: Lei 13.467/2017. Segurança jurídica. Dispensa Coletiva.

1 INTRODUÇÃO

Mediante a vigência do modelo econômico capitalista, onde os indivíduos por livre associação alocam seus recursos de produção e adentram ao mercado a partir do fornecimento de bens ou serviços é sabido que, o constante sustento para a atividade empresária recai sobre o cálculo

⁴⁰ Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2019) - Bolsista CAPES. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (2015). Diplomada em Saber Penal y Criminología pela Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología - ALPEC (2019). Professora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Professora do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Advogada.

⁴¹ Discente do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

⁴² Discente do curso de Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

dos custos do empreendimento, sendo os principais dispêndios com a burocracia, mão-de-obra (especializada ou não), matéria prima diretamente vinculados à situação econômica do país.

Vê-se que, a mão-de-obra age como impulso para toda produção, é composta essencialmente pelo quadro de empregados da estrutura de um empreendimento, são estes responsáveis por concretizar a produtividade e a qualidade da empresa.

Dada a importância dos trabalhadores para a economia em geral, a Constituição Federal de 1988 no art. 7º ao tratar dos Direitos Sociais, garante aos trabalhadores uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

O núcleo da discussão dá-se na proteção contra “despedida arbitrária”, tutela essa que reflete o princípio do *in dubio pro operário*, que coloca o direito sempre em defesa do trabalhador, pois a legislação o considera a parte frágil da relação de trabalho.

Nesse sentido, a vedação quanto à dispensa arbitrária mostra-se como uma forma de limitar os poderes do empregador. Contudo, admitir essa defesa, impossibilita o empregador de dispensar seus funcionários em razão de falhas estruturais que derivam do contexto econômico.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece em seu art. 482 o rol de atos enquadrados como justa causa para rescisão de contrato de trabalho por parte do empregador, nota-se: o ato de improbidade; a incontinência de conduta ou mau procedimento; a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para qual trabalha o empregado (ou for prejudicial ao serviço); a condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; a desídia no desempenho das respectivas funções; embriaguez habitual ou em serviço; violação de segredo da empresa; ato de indisciplina ou insubordinação; e o abandono de emprego.

Em um contexto de instabilidade econômica, em que, o empregador precisa reduzir os custos da atividade empresária, como ato emergencial para sua manutenção no mercado, e consequentemente necessite demitir funcionários, o mesmo não detinha amparo legal para tal ato.

Nesse contexto, é observável a desconsideração das leis trabalhistas ante as dinâmicas do mercado, pois, ainda que a carta de direitos fundamentais seja voltada à proteção da parte mais frágil da relação de trabalho, o Direito do Trabalho não pode fechar-se para o campo da economia.

Dessa forma, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) surge com uma tentativa de mudança principiológica da CLT, a título de exemplo, a despedida em massa de funcionários sem a justa causa, que anteriormente não era regulada por nenhuma norma, adquiriu amparo legal a partir da reforma trabalhista. O art. 477-A da CLT consolidou um entendimento ante a demissão em massa, que primeiramente era regulada pela jurisprudência.

Isto posto, o presente artigo tem por objetivo perscrutar sobre a ferramenta da “dispensa coletiva”, que é alvo de inúmeras discussões quanto a sua aplicação pelos Tribunais pátrios. Bem como, toda celeuma que permeia a insegurança jurídica da temática.

A Lei 13.467/17 reformulou às relações de trabalho nos moldes até então conhecidos, proporcionando maior flexibilização de pontos sensíveis do trabalhador, como jornada de trabalho, valor da indenização moral, fracionamento de férias, dentre outros, gerando efeitos no âmbito econômico e jurídico; assim, o advento da Reforma Trabalhista propiciou o emergir de um sistema instável, que desampara a atuação do judiciário e proporciona insegurança jurídica na aplicabilidade de diversos institutos, malefício este que não pertence a um Estado Democrático de Direito.

2 A REFORMA TRABALHISTA E A NOVA PERSPECTIVA SOBRE A RELAÇÃO DE TRABALHO

A modalidade de dispensa coletiva, conhecida também como “dispensa em massa”, possui um caráter de “inovação”, em razão de, somente no ano de 2017 a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467) ter inserido na CLT o dispositivo legal que ampara a mesma.

Vê-se no texto legal do Art.477-A que:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Assim, pode-se considerar a dispensa coletiva como a despedida simultânea de vários empregados, vinculada a uma causa objetiva da empresa, seja ela de cunho econômico ou estrutural. Ocorre a cessação de vários contratos de trabalho, porém sem abertura de novas vagas, já que a dispensa tem como fim a redução do quadro de trabalhadores.

Diferentemente da dispensa singular que ocorre através de um empregador contra um empregado, a dispensa coletiva ocorre de forma simultânea, por motivo único, contra um grupo e sem que tenha pretensões de substituição dos dispensados.

Essa modalidade de dispensa, ganhou oposição não somente pela relativização de princípios, mas também por favorecer o enfraquecimento dos sindicatos⁴³ e contrapor o art.8º, III, da Constituição Federal, pois, para ser executada não é preciso um sindicato representativo da categoria profissional para validar a dispensa.

A problemática também instaura-se no fato do art. 477-A equiparar para todos os fins a dispensa coletiva, às individuais e plúrimas. Uma vez que, a dispensa individual é a de maior incidência no Brasil, conhecida e utilizada nos Estados Unidos, o *employment at will*, que consiste na demissão imotivada, restando ao empregador apenas pagar as quantias estipuladas em lei, dentre elas, uma multa equivalente a 40% do valor do FGTS do trabalhador demitido.

Por outro lado, a dispensa plúrima diz respeito a um grupo específico de um mesmo setor que sofre a dispensa, por exemplo, um setor ou departamento que é encerrado. Essa modalidade visa a diminuição do número de trabalhadores, contudo, pode manter a intenção de contratar novos trabalhadores para substituir os demitidos.

Portanto, vê-se de forma clara que o novo artigo ao equiparar as dispensas, ignora as diferentes naturezas jurídicas dos institutos, bem como, afasta a atuação dos sindicatos e não veda possíveis arbitrariedades pelo empregador.

Adiante, é de conhecimento que o art. 477-A da CLT, é alvo de inúmeros apontamentos de inconstitucionalidade, voltados a alegações de que o art. 7º, inciso I da Constituição Federal teria sofrido uma relativização, uma vez que, a demissão arbitrária não detém vedação legal neste dispositivo.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1.336)

É bem verdade que a recente Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), em seu intento de impulsionar, desproporcionalmente, o poder unilateral do empregador no mundo do trabalho, inseriu novo art. 477-A na CLT, buscando eliminar a necessidade de autorização prévia da entidade sindical obreira ou de celebração de CCT ou ACT para a efetivação de dispensas massivas de trabalhadores, equiparando, para todos os fins, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas. A nova regra, contudo, entra em choque frontal com a Constituição da República.

⁴³ Vale ressaltar que a Reforma Trabalhista também retirou poderes dos sindicatos ao tornar facultativa a contribuição sindical.

Além disso, seria o oposto a normas estrangeiras supranacionais, tendo como exemplo a Diretiva nº 98/59/CE do Conselho da União Europeia (20 de julho de 2018), que impõe aos casos de dispensa coletiva a consulta dos representantes dos trabalhadores, para que seja feito um acordo com a entidade patronal, assim, vê-se:

Artigo 2º. 1. Sempre que tenciona efectuar despedimentos colectivos, a entidade patronal é obrigada a consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, com o objectivo de chegar a um acordo.

2. As consultas incidirão, pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos colectivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos.

Para o professor João Leal Amado, a doutrina *employment at-will* representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral (flexibilidade contratual de saída). Tem, porém, o inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho – e assim legitimando o chamado “precariado” (AMADO, 2016, p. 295).

Alude também, que essa modalidade internamente ofende a Constituição Federal e o entendimento dos Tribunais, enquanto externamente viola a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

É nítido que, as críticas sustentam-se na comparação da legislação pátria ante as deliberações de entidades supranacionais que não necessariamente foram acatadas pelo Brasil, contudo que, resguardam a maior tutela aos trabalhadores, vide parte III, Seção A, art. 13, da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Art. 30 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Art. 13- 1. Quando o empregador prever términos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos;

a) Proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos términos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos menos e o período durante o qual seriam efetuados esses términos:

b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os términos e as medidas para atenuar as consequências adversas de todos os términos para os trabalhadores interessados, o mais breve que possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os

términos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os términos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos.

Artigo 30.º - Todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Observa-se que, a minimização da atuação dos sindicatos é o segundo ponto sensível do texto legal, pois esse é o objeto de divergências nos Tribunais. A partir da literalidade do art. 477-A da CLT, entende-se dispensar a negociação coletiva e participação sindical, isto é, é passível de entendimento que seria irrelevante a aprovação do sindicato, todavia, parcela da doutrina entende que não excluiu-se a necessidade de negociação prévia.

O professor e advogado Filipe dos Santos Silva (2019) considera que a corrente mais coerente com os pilares do Direito do Trabalho parte da inovação da reforma trabalhista (artigo 477-A, CLT), “seja a partir de uma análise isolada e literal, seja sistematicamente com todos os demais dispositivos, ou com diretrizes internacional, é imprescindível a ‘negociação coletiva’ com os sindicatos dos trabalhadores”, para que ocorra a dispensa coletiva.

3 DISPENSA COLETIVA E SUA APLICAÇÃO

Anterior à vigência do art.477-A da CLT, a negociação coletiva era requisito para dispensa em massa, tal entendimento tinha por base as decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST RODC-309/2009-000-15-004) e do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário com Agravo 647.651 São Paulo).

Assim sendo, a dispensa coletiva tornou-se relevante sobretudo em 2009, com a decisão do *Leading Case* da Embraer pela seção de dissídios coletivos do TST, que pacificou as demais decisões referentes a temática. Torna-se relevante, portanto, citá-la com intuito de elucidar a aplicabilidade de tal instituto antes da vigência da Reforma Trabalhista, sobretudo em vista do direito comparado.

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÃO JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração

e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-. **DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.** A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do (s) respectivo (s) sindicato (s) profissional (is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. Ad. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (TST - RODC: 309001220095150000 30900-12.2009.5.15.0000, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/08/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 04/09/2009).

Nota-se que em virtude da ausência de lei específica sobre dispensa coletiva, os ministros se basearam na exigência constitucional de participação dos sindicatos dos empregados nos

dissídios coletivos e também em normas internacionais para firmar a seguinte tese: a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa coletiva.

A decisão ainda destaca a importância da negociação coletiva para a redução do impacto social, seja por meio de reestruturações (instituindo férias coletivas, redução de jornada, redução salarial dentre outros), seja ainda pela organização da dispensa (PDV, recontratá-los em eventuais vagas futuras).

Assevera Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1.334-1.335):

Em julgamento de dissídio coletivo, em 2009, tratando de despedida maciça de empregados por grande empresa, em face de grave retração na atividade econômica (lay off de mais de 4 mil trabalhadores), fixou a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Embora a premissa tenha sido fixada apenas para situações fático-jurídicas futuras à data do julgamento — 10.8.2009 (não tendo sido acompanhada, conforme a decisão da maioria da SDC-TST, de outros consectários reflexos, como, ilustrativamente, ordem de reintegração, arbitramento de indenização compensatória, prorrogação temporal de prazos contratuais ou outras repercussões assemelhadas), teve o importante condão de estabelecer diferenciação jurídica efetiva entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nesse quadro, enfatizou o contingenciamento constitucional dirigido às dispensas massivas, as quais deveriam se submeter à negociação coletiva trabalhista, apta a lhes atenuar os drásticos efeitos sociais e econômicos.

Contudo, a partir da Reforma Trabalhista o entendimento jurisprudencial entrou em desacordo com o legislado, uma vez que o art. 477-A da CLT tratou de equipar as dispensas individuais, plúrimas e coletivas, estabelecendo expressamente a desnecessidade de autorização prévia ou negociação coletiva para a efetivação das dispensas, isto é, que a efetivação em si não exigiria um procedimento prévio. Parte da doutrina questiona a inconstitucionalidade deste dispositivo, por violar as normas constitucionais e internacionais, já enunciadas no próprio *Leading Case* da Embraer.

Dessa maneira, esse controverso instituto repercute diretamente nas decisões jurisdicionais, assim como já teve repercussão geral reconhecida e pende de julgamento do STF⁴⁴. Assim, como forma de exemplificação dos variáveis entendimentos entre os Tribunais, é indispensável evidenciar ao menos dois posicionamentos acerca da temática vislumbrada.

De forma favorável à aplicação plena do dispositivo, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ao julgar o Mandado de Segurança nº 0102348-54.2017.5.01.0000, expôs um sinal de

⁴⁴ Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6142).

ortodoxia ante ao cumprimento da literalidade da legislação trabalhista. Resguardando plenamente a possibilidade dispensa coletiva sem negociação e permissão de sindicato.

Vê-se na decisão do relator José Geraldo da Fonseca:

Se, nos termos da norma coletiva e da nova redação do art. 477-A, da CLT, pela redação da Lei nº 13.467/2017, a impetrante pode dispensar empregados, individualmente ou em grupo, sem prévia negociação com o sindicato da classe, qualquer exigência que impeça, retarde ou diminua o exercício desse direito traduz afronta a direito líquido e certo e decisão administrativa ou judicial que respalde essa exigência constitui arbitrariedade que não pode prevalecer.

12. Defiro, portanto, a liminar pretendida pela Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá para cassar a r.decisão da E.21ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, no ponto em que deferiu tutela antecipatória ao Ministério Público do Trabalho e proibiu a impetrante de rescindir contratos de trabalho e determinou a exibição de listagem de professores dispensados, ou em via de ser, sob pena de multa diária de R\$400,00, por empregado. (TRT-1. Mandado de Segurança: 0102348-54.2017.5.01.0000. Relator: José Geraldo da Fonseca. Dj: 18/12/2017)

Paradoxalmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Mandado de Segurança nº 0022585-20.2017.5.04.0000, por outro lado, agiu favorável ao afastamento do art. 477-A da CLT, ponderou-se que a dispensa coletiva fere os princípios constitucionais; no entendimento, dada a inconstitucionalidade do dispositivo da CLT, o Tribunal utilizou do art. 8º, inciso III, da Carta Cidadã, para indicar que os Sindicatos ao possuírem a atribuição constitucional para defender interesses coletivos ou individuais, são necessários mediante o dissídio em massa. É indubitável que a divergência deu-se em qual norma deve ser embasada de forma literal, prevalecendo a Constituição Federal.

Observa-se o entendimento:

[...] A propósito da matéria, e partindo-se da premissa de que há sim um movimento de despedida imotivada de uma coletividade, a ausência de prévia mediação no plano da representação coletiva do Direito do Trabalho encontra óbice na Ordem Constitucional como apontado na decisão atacada. Inviável cogitar-se da ausência de assistência do sindicato da categoria em processos de despedidas em massa, na medida em que o art. 8º, III da CF/88 atribuiu ao sindicato *'a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.'* (grifamos). Com efeito, a literalidade do texto constitucional é demais bem vinda, sobretudo quando endossado o entendimento da autoridade dita coatora de que o processo de despedida massiva de fato iria se implementar. De resto, a doutrina e jurisprudência pertinentes - a magistrada de primeiro grau transcreve farta jurisprudência sobre a matéria - sempre entendeu pela necessidade da intervenção sindical em se tratando de dispensas em massa, justamente em virtude do grave prejuízo social daí decorrente. (TRT-4. MSCiv 0022585-20.2017.5.04.0000. 1ª Seção de Dissídios Individuais, Gabinete Manuel Cid Jardon. Relator: Manuel Cid Jardon, Distribuído em 20/12/2017) (grifo nosso)

É irrefutável que em pouco tempo após a entrada em vigor da reforma trabalhista a jurisprudência dos tribunais trabalhistas já apontava caminhos discordantes. Sendo que o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região se posicionou em um sentido favorável a aplicação da nova lei. Ao passo que, o TRT-4 defende a soberania da Constituição, de forma que, apenas são legítimos os dispositivos que sejam compatíveis com a *lex mater*.

Outrossim, o então Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, reformou monocraticamente uma decisão do TRT-15 que era favorável a soberania constitucional - Pedido de tutela cautelar nº 0005001-94.2018.5.15.0000 - e que apontava a ocorrência de situação excepcional de abuso do direito potestativo de dispensa.

Observa-se:

Justamente para fazer frente a tal precedente é que o legislador ordinário deixou expresso, na reforma trabalhista veiculada pela Lei 13.467/17, no art. 477-A da CLT, que as demissões plúrimas prescindem de negociação coletiva prévia, verbis:

‘Art. 477-A. As **dispensas imotivadas** individuais, **plúrimas ou coletivas** equiparam-se para todos os fins, **não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical** ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação" (grifos nossos)’.
Não bastasse tanto, a **própria jurisprudência da SDC** foi revista pelo Pleno do TST, sendo superada em precedente que **não admite dissídio coletivo** de natureza jurídica para discutir demissões plúrimas, nos quais se firmara a tese da exigência de negociação coletiva, em interpretação de nosso ordenamento jurídico trabalhista (TST-RO-10782-38.2015.5.03.0000, Red. Min. Maria Cristina Peduzzi, julgado em 18/12/17, com acórdão ainda não publicado). (grifo nosso)

O Ministro cita a atual tese do Tribunal Superior do Trabalho, que no momento de sua decisão ainda não tinha sido publicada.

Esse recente entendimento é oposto ao anterior supracitado, pois, nota-se que, o Tribunal como forma de unificar a compreensão quanto ao instituto, passou a tratar o art. 477-A em sua essência, em respeito a literalidade do texto da CLT. Bem como, fundamentou em doutrinas, que a demissão coletiva não deveria ser objeto de Ação de Dissídio Coletivo⁴⁵, o que era tradição nos Tribunais, porquanto que, não bastado o entendimento jurisprudencial anterior, na

⁴⁵ Veja-se: “O dissídio coletivo, pois, numa definição mais abrangente, é o processo por meio do qual se discutem interesses abstratos e gerais, de pessoas indeterminadas (categorias profissional e econômica), com o fim de se criar, modificar ou extinguir condições gerais de trabalho, de acordo com o princípio da discricionariedade, atendendo-se aos ditames da conveniência e da oportunidade e respeitando-se os limites mínimo e máximo previstos em lei (Constituição Federal, art. 114, § 2º e CLT, art. 766)”. (PEREIRA, 2018. p. 886).

contemporaneidade há norma específica para a dispensa em massa. Sendo que, não se admite a judicialização de instituto devidamente regulado em lei, conforme esta decisão expõe:

[...] a doutrina majoritária entende que o objeto do Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica **restringe-se** à interpretação de normas autônomas ou heterônomas **específicas da categoria**.

Nesse sentido, cito os seguintes autores: Carlos Henrique Bezerra Leite (Manual de Processo do Trabalho, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p.433), Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Curso de Direito do Trabalho, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1403), Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus (Direito do Trabalho, 16ª edição, São Paulo: Atlas, 2015, p. 231), Desembargador Sergio Pinto Martins (Direito Processual do Trabalho, 38ª edição, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 917) e Amador Paes de Almeida (Curso Prático de Processo do Trabalho, 24ª edição, São Paulo: Saraiva, p.459).

A posição é muito influenciada pela evolução das decisões desta Corte Superior.

A Orientação Jurisprudencial nº 7 da C. SDC assevera que o Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica não é a via adequada para obter interpretação de alcance genérico, pois seu objeto se limita à interpretação de norma legal ou coletiva específica de certa categoria (...)

Em interpretação histórica da Orientação Jurisprudencial nº 7 da C. SDC, transcrevo trecho do voto da C. SDC no RODC 315233/1996, de relatoria do Exm. Ministro Moacyr Tesch, DJ 7/8/1998, um dos precedentes que deram origem ao entendimento jurisprudencial.

‘O Poder Normativo consagrado à Justiça do Trabalho **não permite seja declarada a eficácia ou ineficácia de lei a esta ou aquela categoria profissional ou econômica**, ficando essa tarefa a cargo e competência dos juízes e tribunais quando invocada a tutela jurisdicional do estado por meio do devido processo legal, seja em reclamação individual ou plúrima em mandado de segurança, em medida cautelar ou em ação direta de inconstitucionalidade’

Não havendo norma autônoma ou heterônoma específica da categoria a ser interpretada, não há falar em Dissídio Coletivo Jurídico para analisar dispensa coletiva. (TST-RO-10782-38.2015.5.03.0000, Red. Min. Maria Cristina Peduzzi, julgado em 18/12/17) (grifo nosso)

Cabe recordar o que são normas autônomas e heterônomas, citadas na decisão da Ministra Maria Cristina.

Trata-se de uma divisão quanto às fontes do Direito do Trabalho. As heterônomas são leis elaboradas pelo Estado, criadas pelo detentor do monopólio da força que utiliza da imposição para aplicá-las, é comum rememorar as leis e decretos lei como exemplo. Por outro lado, as fontes autônomas são aquelas oriundas de Acordo Coletiva e Convenção Coletiva.

Além disso, no tocante a Sentença Normativa (sentenças que derivam de Dissídio Coletivo), seria tradicional considerá-la norma autônoma, dado que, deriva de debates de seus destinatários, porém, a doutrina majoritária considera heterônoma, pois, o Poder Estatal foi acionado em um Ação de Dissídio Coletivo, ou seja, inevitavelmente resultará em um pronunciamento estatal.

Em suma, o advento do art. 477-A da CLT, favoreceu a melhor especificação a temática das dispensas plúrimas e coletiva, visto que, a tendência é afastamento dos Tribunais, o julgamento de mérito de dispensa coletiva em Ação de Dissídio Coletivo.

4 INSEGURANÇA JURÍDICA

Reconhecer uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, é estipular o dever de utilizá-la em via primária pela legislação supralegal, à qual se impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas através de leis idôneas de regulamentação; e, em via secundária, da jurisdição, a qual se impõe remover as antinomias e apontar as lacunas.

Nesse sentido, assevera Luigi Ferrajoli:

[...] devemos, em suma, reconhecer que a Constituição é um projeto normativo em grande parte não realizado; e que é da mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, da sua normatividade que depende o futuro da democracia. (FERRAJOLI, 2012, p. 56)

A relativização do texto constitucional tanto pelo art. 7º, quanto pelo seu art. 8º, III, propicia a imersão de outros sistemas como a economia e a política nas decisões proferidas, gerando uma corrupção sistêmica, tendo, dessa forma, tornado a Constituição e o Estado Democrático de Direito em caráter meramente simbólico, sem efetividade real (conforme demonstrado exhaustivamente nos tópicos anteriores).

Na lição de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1.336):

A inconstitucionalidade emerge também pelo fato de a nova regra legal, ao equiparar as dispensas coletivas às dispensas meramente individuais, desrespeitar diversos princípios constitucionais do trabalho, tais como: o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função social, o da segurança (considerado o seu matiz humanístico e social, ao lado do tradicional matiz patrimonialístico); igualmente, o princípio da proporcionalidade, o da valorização do trabalho e emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Prossegue o autor:

Se não bastasse, a inconstitucionalidade emerge pelo menoscabo aos dispositivos da Constituição que tratam do Direito Coletivo do Trabalho, em especial o art. 8º, III (“ao

sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas”) e o art. 8º, VI (“é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”). Assuntos fundamentais concernentes a direitos e interesses coletivos da categoria — e a dispensa em massa de empregados de qualquer empresa ostenta esse caráter — consistem em assuntos eminentemente próprios à atuação constitucional da respectiva entidade sindical, a qual tem de participar, sem dúvida, diretamente, da regência negocial coletiva do conflito (inciso III e VI do art. 8º, lidos em conjugação). (DELGADO, 2019, p. 1.337)

O Judiciário pelas inconstâncias em suas decisões e passividade quanto ao dever de resguardar a Constituição e seu respectivo conteúdo trabalhista, torna notória a sobreposição do texto supralegal à Constituição Federal, no âmbito do trabalho.

Ao Poder Judiciário deu-se a missão e competência, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, de guardar os preceitos fundamentais controlando a constitucionalidade de todos os atos normativos incompatíveis com a carta superior. É com base nessa construção que as respostas adequadas em vista da Constituição serão dadas, isso é esperado em uma democracia constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dispensa coletiva acarreta em um impacto social elevado, que afasta a perspectiva meramente individual, pois corresponde a um fator econômico, social e jurídico distinto da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores, atingindo sua família, a comunidade e a economia local, sobretudo em cidades interioranas.

Dessa forma, as despedidas em massa devem ser submetidas previamente ao diálogo ou negociação com a entidade sindical que represente os trabalhadores, nos termos da orientação consonantes as Convenções Internacionais e Constituição Federal, como forma de garantir segurança jurídica e proteção ao trabalhador, pois é padrão de conduta socialmente ensejado.

A negociação coletiva, ao trazer para o diálogo todas as partes diretamente envolvidas com a necessidade da dispensa coletiva, propicia soluções e saídas, que podem melhor satisfazer o bem-estar dos empregados e, conseqüentemente, o bem-estar social.

Veja-se que algumas das principais funções da negociação coletiva é justamente a de estabelecer mecanismos de autocomposição entre as partes, evitando-se, assim, impasses ou até

mesmo a necessidade de uma solução jurisdicional. Além disso, “A negociação coletiva tem também a função de democratizar as relações sociais, uma vez que favorece o diálogo entre as partes para que elas mesmas determinem os rumos da regulação aplicável às suas relações” (LEITE, 2019, p. 1.231).

A negociação coletiva reflete também no aspecto social:

De outro lado, sendo a negociação coletiva um meio para se chegar a uma convenção ou acordo coletivo de trabalho, salta aos olhos que a sua principal função decorre da premissa da promoção da melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como preconizado no art. 7º, caput, da CF. Além disso, a negociação coletiva pode exercer importante influência na operacionalização do princípio da função social da empresa. (LEITE, 2019, p. 1.232)

Portanto, espera-se que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 477-A, visto que claramente infringir os arts.8º, III, e 7º, da Constituição Federal, sendo expressamente vedado o retrocesso em matéria de direitos humanos e fundamentais, configurando como exercício abusivo de direito.

Em um Estado Democrático de Direito é ensejado a interpretação conforme à Constituição, as respostas adequadas à Constituição é direito fundamental de todo cidadão, assim como se impõe a jurisdição o dever de remover as antinomias e apontar as lacunas da lei infraconstitucional, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do Art. 102 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Anita Duarte. **Reforma Trabalhista: dispensa individual, plúrima e coletiva. Os Trabalhistas**. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/reforma-trabalhista-dispensa-individual-plurima-e-coletiva/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto - Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6142**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado no Diário Oficial em 21 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413229&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 jul. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERRAJOLI, L. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. In: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEAL, João Amado. **Contrato de trabalho**. Lisboa: Almedina, 2016

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MALLET, E. (2017). Dispensa coletiva e negociação sindical. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 111, 123-142. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/133497>. Acesso em: 06 out. 2019.

OIT. **Organização Internacional do Trabalho, Convenção nº 68, de 16/09/1992**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html. Acesso em: 05 nov. 2019.

PARANAGUÁ, Rafael Silva Nogueira. **Fontes do Direito do Trabalho: Materiais, Formais, Formais Autônomas, Formais Heterônomas**. JusBrasil. Disponível em: <https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/583601855/fontes-do-direito-do-trabalho-materiais-formais-formais-autonomas-formais-heteronomas>. Acesso em: 06. nov. 2019.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **A dispensa coletiva na Lei n. 13.467 da Reforma Trabalhista**. GenJuridico. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/26/dispensa-coletiva-na-lei-n-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SILVA, Filipe dos Santos. Impactos da reforma trabalhista na dispensa coletiva de trabalhadores. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5532, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68249>. Acesso em: 5 nov. 2019.

SILVA, Filipe dos Santos. **Impactos da reforma na dispensa coletiva de trabalhadores**. Conjur, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/filipe-santos-impactos-reforma-trabalhista-dispensa-coletiva>. Acesso em: 05 nov. 2019.

COLLECTIVE DISPENSATION: THE STATE'S FAILURE TO PROVIDE LEGAL SECURITY BY LAW 13.467 / 2017

ABSTRACT

Recent and questionable court resolutions in the allusive Law 13.467/17 promote new discussions about this law that has been questioned since its inception, for your side, the courts need jurisdictional pacification to enforce the right, under the responsibility of applying of a rambling way and incur the loss of the weakest link, the disadvantaged worker. That is why this paper seeks to explain the various decisions referring to Article 477-A of the CLT; due to the new perspective of the working relationship adopted it becomes necessary to use mainly a comparative law, in addition the doctrine, jurisprudential analysis and legislation a means to highlight the disparity of this legal instrument with the Democratic Rule of Law, as well as the judiciary cannot provide legal certainty.

Keywords: Law 13.467/2017. Legal certainty. Collective resignation.

INCERTEZAS FABRICADAS E O DIREITO À SAÚDE DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº34/2015 NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

*Edith Maria Barbosa Ramos*⁴⁶

*Artenira da Silva e Silva*⁴⁷

*Natalie Maria de Oliveira de Almeida*⁴⁸

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 34/2015, a partir da construção desenvolvida na teoria do risco de Ulrich Beck com o escopo de compreender os principais impactos de sua aprovação no que tange ao direito fundamental à saúde. O presente Projeto de Lei tem por objetivo aprovar uma reforma nos rótulos dos alimentos geneticamente modificados. Deve-se destacar que as pesquisas relacionadas aos OGMs são ainda inconclusivas e, neste contexto, observa-se que alterações prematuras podem gerar um quadro de insegurança alimentar em claro desrespeito aos princípios do direito fundamental à saúde. Para a construção da pesquisa utilizou-se método descritivo-explicativo com procedimento de revisão bibliográfica e documental, a partir do aprofundamento temático em livros, artigos científicos com qualis A e B e pesquisas constantes no repositório digital de teses e dissertações da CAPES.

Palavras-chave: Risco. Transgenia. Direito à saúde.

⁴⁶ Pós-doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Professora e Pesquisadora da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Email: edithramosadv@yahoo.com.br

⁴⁷ Pós-doutoranda em Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará (2019). Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto-Portugal (2014). Graduada pela Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão (2000) e Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia (2005).

⁴⁸ Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça - UFMA. Pós-graduanda em Direito Público Aplicado - EBRADI - ESA/SP. Advogada integrante da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil/MA. Instrutora na AFV - São Luis. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário/ UFMA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva realizar uma análise do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 34/2015, que tem por escopo a saúde do consumidor e seus contrapontos com a insegurança alimentar causada pelos estudos inconclusivos dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs).

Inicialmente, busca-se compreender a importância da segurança alimentar no contexto da sociedade atual, marcada pelo risco, com base nas reflexões de Ulrich Beck. Deve-se considerar que a falta de estudos acerca dos OGMs não impediu que essas substâncias fossem inseridas na alimentação humana, submetendo, os consumidores a um risco imprevisível, invisível e possivelmente irreversível. Configura-se como direito fundamental a informação a garantia do consumidor ter conhecimento de todos os elementos presentes na alimentação que consome, o que nem sempre ocorre.

Em razão disso, analisou-se o projeto de lei da câmara nº 34/2015, com foco em destacar as consequências que a sua alteração na Lei de Biossegurança trará, pois, as modificações poderão dificultar o acesso do consumidor à informação. Essa questão se torna, ainda mais importante, quando percebida pela ótica do direito fundamental à saúde, que – conforme foi demonstrado no presente estudo – assegura à sociedade o consumo de alimentos seguros. A existência de OGMs na alimentação, apesar de estudos inconclusivos, e a existência de barreiras informacionais ao consumidor, demonstram uma fragilidade no sistema de segurança alimentar, o que se torna mais grave quando se leva em consideração o contexto do risco.

Aborda-se, ainda, a importância da segurança alimentar como um pressuposto para a concretização do direito à saúde. Expõe-se as falhas presentes no referido projeto de lei, imprecisões que corroboram para a desestruturação do sistema de defesa da saúde da sociedade, tendo em vista que se compreende que a alteração da rotulagem proposta se constitui um empecilho à efetivação direito saúde.

Em razão disso, para a presente investigação foram analisados documentos oficiais e textos normativos expedidos por organismos nacionais e internacionais que tratam da temática da transgenia e do direito à saúde. O conjunto de documentos e textos normativos coletados contemplou tratados, constituições, declarações, legislações e normas infralegais. Foram, assim,

considerados válidos os documentos e textos normativos que permitiram o levantamento de informações no campo das dimensões indicadas na configuração do objeto pesquisado.

Procedeu-se uma análise histórica e conceitual da ideia de transgenia e da construção do direito à saúde do consumidor no Brasil, objetivando compreender as determinantes que propiciaram sua constituição, bem como a atualização do seu processo de proteção. Portanto, este texto concentra-se em uma oportunidade, do ponto de vista científico, para aquele que pretende discutir a temática dos organismos geneticamente modificados aplicada a alimentação humana no interior do sistema de proteção à saúde do consumidor e para compreender em que medida essas modificações normativas possuem envergadura para enfrentar os riscos da sociedade contemporânea.

Tal oportunidade justificou o esforço científico aqui materializado no percurso metodológico necessário para pôr em questão o seguinte pressuposto: a falta de regulamentação adequada e/ou modificações normativas, preocupadas apenas com o mercado e o lucro de alimentos transgênicos para consumo humano podem representar um retrocesso ou um processo de fragilização do sistema de proteção do consumidor, fato que tem o condão de aprofundar os riscos da sociedade contemporânea para a saúde humana, notadamente em razão das incertezas científicas quando da segurança alimentar de alimentos geneticamente modificadas. Procurou-se, assim, verificar a articulação entre direito do consumidor e organismos geneticamente modificados, a partir de uma concepção saúde como direito fundamental social.

Em razão disso, a presente pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação dos conceitos como transgenia, organismo geneticamente modificado, direito à saúde, sociedade de risco e direito do consumidor. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais (MARCONI; LAKATOS, 2007). Foram selecionados livros, artigos e documentos normativos, tendo como descritor de buscas, os termos: Transgenia; Organismos Geneticamente Modificados (OGMs); Direito à Saúde; Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. Revisaram-se artigos publicados em revistas científicas, estratificadas no sistema *Qualis*, bem como artigos constante na base de dados Bireme, por meio dos serviços da Medline, Scielo e Lilacs. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurídica, social, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

2 UM PANORAMA DA SOCIEDADE DE RISCO E OS RISCOS ASSOCIADOS AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck (2011) traça um percurso desde a sociedade pré-industrial até a fase atual da sociedade. Para o autor a sociedade hodierna é caracterizada pela situação de reflexividade em que o processo de modernização converte-se em tema e problema. No entanto, para entender o que é a sociedade de risco, faz-se necessário, inicialmente, conceituar o termo “risco”, destacando que comumente esta palavra é compreendida como indício de uma ameaça ou perigo.

O conceito de risco, no século XX, iniciou seu processo de cristalização, passando a definir o resultado desfavorável de um conjunto de probabilidades. Ferreira (2008), nesse contexto, destaca duas características da utilização da terminologia do risco.

A primeira característica é a de que não poderia tratar-se de algo predeterminado, devendo depender das atividades humanas. A segunda característica relaciona-se a incerteza, isto é, o risco deveria pressupor não só a possibilidade de um evento ou resultado acontecer, mas também a negação de que aconteceria com certeza estabelecida (FERREIRA, 2008).

Percebe-se, então, que a noção de risco estava, nitidamente, relacionada com futuro das probabilidades ou improbabilidades, de modo que ninguém estaria habilitado a clamar conhecimento sobre o futuro, ou mesmo alterá-lo. Além disso, cabe ressaltar que os riscos resultam de decisões tomadas no presente. Ou seja, para que um acontecimento ou fenômeno esteja sob a denominação do termo “risco”, o evento deve ser provável, incerto, projetado para o futuro, porém, derivado de decisões que se concretizem no presente (FERREIRA, 2008).

De maneira geral, o conceito do termo “risco” deve ser diferenciado do termo “perigo”. Este último expressa o estado real e atual de ameaça do bem-estar, podendo resultar em dano se não forem efetivadas medidas protetivas (TAVARES, 2015). Em outras palavras, risco é um conceito histórico relacionado com a identificação de uma fase do desenvolvimento da modernidade, afasta de uma relação com causas naturais, ao passo que perigo tem causas mais relacionadas com as variações do próprio ambiente.

A atual sociedade de risco originou-se nas ações e decisões humanas que romperam os pilares de certeza estabelecidos pela sociedade industrial, minando com seus padrões de segurança (FERREIRA, 2008). Assim, as ameaças produzidas não podem ser atribuídas a deuses ou à natureza, visto que são causadas pelo próprio processo de modernização e pelo progresso (BECK, 2006). Na realidade, o que se percebe, segundo Beck (2015) é que na sociedade de risco mundial há uma necessidade urgente de antecipar e impedir as catástrofes geradas por ela própria, ou seja, lidar com as inseguranças criadas.

A partir dessa perspectiva é possível afirmar que a modernidade é constituída de uma estrutura bipolar: ao mesmo tempo em que o desenvolvimento das instituições sociais criou oportunidades, também demonstrou um lado sombrio e perigoso (GIDDENS, 1991). Em razão disso, Beck (2010) atribui ao processo de modernização o chamado “efeito reflexivo”, pois acredita que esse processo se converte em tema e problema ao mesmo tempo.

O que Beck (2010) critica, é que, esse estado de incerteza, ainda que alarmante e ameaçador, não impede a expansão e a mercantilização dos riscos. Do contrário, eleva a lógica capitalista de desenvolvimento a um novo estágio, para o autor os riscos da modernização são chamados de *big business* (BECK, 2015). Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas procuraram, considerando que os riscos civilizatórios são um “barril de necessidade sem fundo, infinito e autoproduzível” (BECK, 2010, p.28).

É nesse contexto que se inserem os alimentos geneticamente modificados, bem como sua produção. O autor considera que alimentos geneticamente modificados, apesar de se adequarem ao conceito de incertezas fabricadas - que são riscos não passíveis de mensuração – não deixam de ser produzidos (BECK, 2006). Corrobora para agravar esse quadro a falta de informação acerca dos riscos do consumo desses alimentos, acaba por gerar um estado de ignorância social, em que se nega a existência dos riscos. Sonegam-se informações sobre esses alimentos ou se expõe ao público a opinião de cientistas que avaliam a majoração dos limites de tolerabilidade e margens de segurança dos produtos tóxicos. Diante e por conta disso, mais riscos são produzidos (AYALA; LEITE, 2004).

Como resultado, tem-se o problema de não se tratar do risco em si, com perspectiva mais clara de compreensão da situação, e sim da qualidade de controle, ou seja, da incapacidade científica de identificar as causas e os possíveis efeitos relacionados a esses riscos imperceptíveis (FERREIRA, 2008). A produção de conhecimento científico segue parâmetros lineares e

deterministas, via de regra, incompatíveis com os novos riscos, de modo que, se outrora o ritmo entre avanço e resultado era sincronizado ou já esperado, na sociedade de risco isso se tornou impossível dada a incalculabilidade e imprevisibilidade dos acontecimentos (FERREIRA, 2008).

Os riscos, então, têm se tornado “bens de rejeição”, cuja existência é pressuposta até que se prove o contrário. É o que Beck (2010) define com o uso dos termos “*in dubio pro progresso*” ou “na dúvida, deixe estar”. Nessa lógica os órgãos responsáveis pela colocação de OGMs no mercado de consumo permanecem estagnados, adotando e utilizando essas substâncias, até que as pesquisas científicas consigam provar que há realmente um perigo, ameaça concreta associada aos transgênicos. Por isso, é possível afirmar que há uma civilização “cientificizada”, visto que as situações de risco precisam nascer cientificamente para que sejam consideradas como um problema sério (BECK, 2010, p. 41).

Essas noções de risco contêm dois componentes fundamentais, quais sejam, um componente teórico, que é fornecido pelo conhecimento científico e que evidencia o que não pode ser identificado puramente pela percepção; e um componente normativo, que está vinculado ao local em que se apresenta, mas também é revestido de conhecimento científico (BECK, 2010). São, portanto, fundamentais para a análise do risco apresentado pelos organismos geneticamente modificados à saúde daquele que consome esse tipo de alimento.

O problema em relação à saúde, portanto, resta mais evidente neste ponto: o componente teórico dos transgênicos não foi completamente resolvido. Isso quer dizer que organizações distintas, apoiadas por conhecimentos e pesquisas científicas concorrentes, apresentam opiniões opostas a respeito dos riscos e consequências do cultivo e consumo desses organismos. Sendo assim, há argumentos jurídicos, científicos e econômicos contra e a favor desses organismos, o que gera um quadro de insegurança alimentar.

Por conta dos motivos acima expostos, Nodari (2011) assevera que é possível afirmar que a avaliação de risco dos diversos pedidos de liberação comercial de transgênicos possui marcas de simplificação e baixa qualidade científica, de amplitude reduzida e não publicação de resultados, fatos que, no futuro, podem gerar grandes impactos na saúde das pessoas que consomem os produtos.

Das pesquisas que foram publicadas a respeito de alimentos transgênicos, muitas enumeram efeitos considerados benéficos e outras os malefícios gerados pela sua produção e consumo. Esse

conflito entre pesquisas e os relatos acadêmicos apenas confirmam as incertezas científicas que rodeiam os transgênicos, tanto em relação ao ambiente, quanto em relação à saúde humana.

Por conta dessa colisão, existem duas posições principais em relação ao uso de alimentos transgênicos: a primeira de caráter permissivo, que defende os benefícios dos transgênicos, e a segunda, protecionista, que defende os riscos do consumo para a saúde humana.

Para esta reflexão, no entanto, interessa saber principalmente os possíveis riscos dos alimentos geneticamente modificados, sobretudo os associados à vida, saúde e segurança da sociedade - tais como alergias, resistência a antibióticos e as substâncias tóxicas presentes nos alimentos (NODARI; GUERRA, 2003). Isso porque, deve-se considerar que a Constituição Federal brasileira de 1988, conforme será abordado posteriormente, assegura a proteção integral à saúde de todos que se encontram em território nacional. Verifica-se, com isso, a importância de ser o Estado verdadeiro garantidor da segurança alimentar de todos os habitantes no país.

O indivíduo ao consumir esse tipo de alimento torna-se extremamente vulnerável às consequências do consumo. A alergia, por exemplo, pode advir do consumo de um produto que seja resultado de um novo composto formado por ingrediente transgênico (PELLANDA, 2013). Além de alergias, outros riscos associados a transgenia referem-se a intolerâncias, compreendidas como alterações fisiológicas. É o caso de se adicionar genes de leite em outros alimentos, de modo que, as pessoas intolerantes ao leite passarão a ter intolerância a uma variedade maior de alimentos. Ou seja, se no passado poder-se-ia ter maior clareza dos alimentos consumidos e de sua composição, agora, em razão das novas composições alimentares – os indivíduos podem ter intolerância a certos produtos que jamais poderiam imaginar (CARVALHO, 2016).

A resistência à antibióticos é, ainda, outro risco decorrente dos organismos geneticamente modificados. Tendo em vista que para que seja confirmada a alteração genética é necessária a utilização de genes de bactérias resistentes a antibióticos. No entanto, no consumo de um alimento, se os genes continuarem expressos nos tecidos das plantas, ao serem ingeridos poderão se expressar no organismo humano, resultando na diminuição da eficácia do antibiótico (CÂMARA *et al.*, 2009).

Isto é, na medida em que o antibiótico de uso necessário para o combate às infecções, a resistência a eles possuirá grande impacto a saúde pública. Argumenta-se ainda que esses genes de resistência possam ser transferidos a patógenos humanos ou animais, tornando nulo o efeito dos antibióticos (CÂMARA *et al.*, 2009).

Além disso, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), há também a preocupação de que esses genes resistentes a antibióticos utilizados na alimentação humana sejam transferidos para bactérias, gerando as chamadas “superdoenças” (CÂMARA, *et al.*, 2009). Logo, a intratabilidade dos riscos da modernização relaciona-se à forma de sua disseminação e essa sua invisibilidade não deixa sequer uma decisão aberta ao indivíduo, porque são “produtos casados”, podendo estar em tudo e em todos, “atravessando todas as zonas de proteção da modernidade” (BECK, 2010, p. 48).

Além disso, há ainda o fato de que a avaliação desses riscos tem sido feita de maneira individualizada, caracterizada pela ineficácia. No caso dos transgênicos, por exemplo, não se tem avaliado os efeitos que podem surgir a partir da acumulação de herbicidas no organismo humano (PELLANDA, 2013).

Os riscos socioeconômicos dos transgênicos, por sua vez, podem corresponder, por exemplo, a (in)segurança alimentar. Essa (in) segurança pode ser aferida pela quantidade e qualidade dos alimentos produzidos a partir de OGMs que são destinados a consumo.

Portanto, compreende-se, para fins dessa pesquisa, que riscos possuem caráter irreduzível, não têm garantias nem certeza, possuem efeitos globais, invisíveis e podem ser irreversíveis – a exemplo da presença de ingredientes físicos em alimentos (GUIVANT, 2002). Considerando, no entanto, alimentos transgênicos e seus riscos invisíveis, fica evidente a condição vulnerável da sociedade, pois, ainda que haja pesquisas que assegurem seus benefícios, igualmente existem estudos que indicam consequências graves à saúde. Circunstância que colocam o consumidor diante de incertezas científicas produzidas pelo próprio homem.

3 IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº34/2015 E SUAS DISPOSIÇÕES

Não obstante os riscos abordados, de maneira inicial, em 2008 foi proposto pelo deputado Luis Carlos Heinze o PL nº 4.148/2008, cujo objetivo é dificultar a identificação de organismos transgênicos nos alimentos, alterando a simbologia presente no formato e conteúdo dos rótulos.

Atualmente, o texto do projeto de lei acima referenciado pode ser identificado pelo “Projeto de Lei nº 34/2015”, e está sendo apreciado pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC).

O projeto tem por objetivo alterar a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados. Assim como revoga tacitamente o Decreto nº 4.680/03 e a Portaria do Ministério da Justiça nº 2.658/03, que definiram o símbolo de transgenia no país (BRASIL, 2015). Determina o Projeto de Lei que seja feita a seguinte alteração:

Art. 40. Os rótulos dos alimentos e dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento. § 1º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, **devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, conforme o caso, “ (nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.** § 2º **Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica.** § 3º A informação de que trata o § 1º deverá atender ao tamanho mínimo de letra definida no Regulamento Técnico de Rotulagem Geral de Alimentos Embalados. (NR) (BRASIL, 2015, p. [?], grifo nosso).

Assim, as principais modificações do Projeto de Lei buscam indicar a transgenia apenas quando a presença de OGM for comprovada por meio de “análise específica”; facultar a rotulagem “livre de transgênicos” aos alimentos que, através de análise específica, negarem a presença de OGM; além de substituir o símbolo da transgenia por expressões que a indique, tais como “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

Nesse sentido, o presente estudo visou analisar as mudanças introduzidas pela aprovação do Projeto de Lei, a fim de identificar seus objetivos e compreender – posteriormente - qual o impacto de cada mudança na saúde da sociedade consumidora, de modo geral. O deputado federal, autor do projeto, Luis Carlos Heinze, propôs, inicialmente, que os rótulos só deveriam informar ao consumidor a natureza transgênica dos alimentos que contivessem ou fossem produzidos a partir de OGMs ou derivados com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final.

A presente proposta vai de encontro ao Decreto nº 4.680/03, que em seu artigo 2º determina que “na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto” (BRASIL, 2003, p. [?]). De forma mais clara, pode-se observar da hermenêutica dos

artigo 40 da Lei n.º 11.105/2005, do Decreto n.º 4.680/2003 e da Portaria do Ministério da Justiça n.º 2.658/2003 que a identificação da origem transgênica é realizada com base na matéria-prima utilizada na composição do produto final, isto é, desde o início do processo produtivo.

Isso significa dizer que, havendo matéria-prima transgênica, se faz obrigatória a rotulagem, a fim de que o consumidor em potencial decida por levar ou não determinado produto para casa. Nessa circunstância, é mais fácil verificar a presença de OGM na matéria-prima utilizada no produto, não havendo necessidade de uma “análise específica”, que acresceria burocracia maior à exigência de rotulagem (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2015).

Propõe, portanto, o Projeto de Lei nº 34/2015, que a identificação da origem transgênica seja realizada no próprio produto final, através de análise laboratorial. Desse modo, a identificação seria realizada com base no próprio produto acabado, na última fase do processo produtivo, por meio de “análise específica” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2015).

Assim, enquanto no Decreto adota-se o sistema de rotulagem no qual se deve avaliar o processo produtivo do alimento para se verificar a existência ou não de OGM, pela proposta do Projeto de Lei deve-se verificar apenas a composição total do produto.

A alteração proposta vai contra o sistema que é adotado no Brasil no qual o rótulo deve informar o processo de formulação do produto. Em outras palavras, sendo o produto geneticamente modificado ou possuindo ingredientes que sofreram essa alteração, na atual legislação essa informação deve estar presente no rótulo do produto (MESSIAS, 2009).

Caso a mudança se concretize, nota-se uma brecha na segurança que deve ser fornecida a sociedade. Isso porque a maior parte dos alimentos que contém OGMs são (ultra) processados, de modo que a detecção da transgenia não seria mais possível – o que poderia resultar na ocultação de dados essenciais ao consumidor do produto (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2015).

Percebe-se, portanto, uma nova racionalidade no mencionado projeto de lei, no sentido de haver maior permissividade em relação à rotulagem, o que vai contra o caráter protetivo da Constituição Federal brasileira de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e demais normas que regulamentam a rotulagem de organismos geneticamente modificados. O deputado Luis Carlos Heinze, no Projeto Lei inicial nº 4.148/08 argumenta na defesa da modificação legislativo com a seguinte assertiva:

(...) o direito à informação deve ser aplicado em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, contemplados no inciso III, do artigo 4o, da Lei

8.078/90, além de apresentar conteúdo útil, esclarecedor e eficiente, em obediência ao Código de Defesa do Consumidor, especialmente seus artigos 6º e 31 (BRASIL, 2008).

Para ele, as informações relativas aos OGMs podem induzir os consumidores a erro ou falso entendimento, considerando que não possuem conhecimento acerca da modificação genética. Defende, portanto, que seu conteúdo não seria útil e toda a informação seria contrária ao seu objetivo.

Além disso, há todo o resguardo e proteção, por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pautado no direito à informação. Apesar de não ser este o foco do presente artigo, reafirma-se aqui a importância dos artigos 4º, 6º e 31 do CDC que asseguram que o dever de informar abrange as especificidades dos alimentos produzidos a partir de OGMs (vide os termos “características”, “composição”, “qualidade” e “riscos”), e que essas informações devem ser claras, corretas e precisas (MYSZCZUK, GLITZ, 2010).

Logo, resta claro, que, sob qualquer análise, seja sobre os percentuais utilizados na elaboração do produto, seja sobre os eventuais riscos à saúde, é dever do fornecedor prover as indispensáveis informações. E ainda, o CDC prevê o dever de o fornecedor manter dados técnicos e científicos que sustentem a publicidade que veicular (artigo 36, parágrafo único), de modo que qualquer publicidade omissa possa ser considerada enganosa (artigo 37, §§1º e 3º) (MYSZCZUK, GLITZ, 2010).

Logo, conhecendo o processo de produção, tendo informações claras e precisas sobre a origem, riscos e composições do produto, a saúde do consumidor está mais segura e este desenvolverá maior consciência, podendo exercer plenamente e de forma equilibrada seu direito de escolha (MESSIAS, 2009).

Visando, ainda, resguardar a segurança do consumidor, tem-se que a informação contida no rótulo possibilita ao indivíduo a chamada rastreabilidade, permitindo o acompanhamento dos produtos produzidos através de OGMs em todas as fases de sua colocação no mercado, com clara identificação da cadeia de produção e distribuição (MESSIAS, 2009).

A rastreabilidade facilita o processo de rotulagem ao transmitir e conservar informações em todas as fases da colocação do produto no mercado, pois é atribuído um código único para cada OGM. Essa informação é essencial para facilitar, por exemplo, que o produto seja retirado do mercado se forem observados efeitos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, animais ou para o meio ambiente (MESSIAS, 2009).

Desse modo, o novo texto do Projeto de Lei confronta também uma imposição legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, qual seja, a rastreabilidade. A rastreabilidade é uma garantia tanto ao consumidor quanto ao próprio fornecedor que poderá identificar de maneira mais prática eventuais falhas ocorridas no processo produtivo.

Objetiva também o Projeto de Lei nº 34/2015 alterar o símbolo da transgenia, definido pela Portaria do Ministério da Justiça nº 2.658 de dezembro de 2003:

Figura 1: Símbolo representante dos Alimentos Geneticamente Modificados, definido pela Portaria 2.658 de Dezembro de 2003 que regulamentou o art. 2º, §1º, do Decreto nº 4.680, De 24 de abril de 2003.



Fonte: BRASIL, 2003.

O deputado propõe que o símbolo acima seja substituído pelas simples expressões: “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico” sob o argumento de que a atual apresentação gráfica do símbolo denotaria advertências, conforme a disciplina dada pela Associação brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Portanto, estando comumente afixadas em locais de perigo, radiação e eletricidade, por exemplo, o símbolo vincularia os OGMs ao perigo, agregando valor negativo ao produto (BRASIL, 2008).

No entanto, essa forma de rotulagem – por meio do símbolo, é o que materializa o direito de escolha do indivíduo, considerando a informação, no sentido de que no meio de uma embalagem colorida a simples expressão indicando a transgenia possivelmente não atrairia a atenção do indivíduo. A falta de acesso claro e inequívoco à informação sobre o produto e sua composição contribuiria para que se colocasse em risco a saúde do consumidor, na medida em que sem ter havido uma possibilidade clara de escolha, dado à dificuldade de localização do símbolo da transgenia.

Vale ressaltar que o símbolo precisa atingir sua finalidade, isto é, a de transmitir a informação ao consumidor ou, em caso de consumidor leigo, captar a atenção necessária para que busque se educar por meio das informações disponíveis acerca da transgenia, e através disso exercite sua escolha de maneira consciente.

A partir da construção acima desenvolvida pode-se perceber que a visibilidade do símbolo da transgenia no rótulo é uma importante garantia de que o consumidor estará exercendo sua liberdade de escolha. Além disso, compreende-se que a criação de obstáculos ou impedimentos a liberdade consciente de escolha afronta toda a proteção garantida pela Constituição Federal de 1988, notadamente, quando se trata do direito à saúde das pessoas.

4 A SEGURANÇA ALIMENTAR COMO UM PRESSUPOSTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O PROBLEMA DO PL Nº 34/2015

A alimentação e a nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, o que possibilita a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano com qualidade de vida e cidadania (DE OLIVEIRA, 2005). Uma alimentação adequada deve ser compreendida como um direito que contenha um padrão alimentar que se alinhe às necessidades biológicas e sociais dos indivíduos, conforme as fases do seu curso de vida.

O artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988 elenca a alimentação como um direito fundamental social e, corroborando a importância desse direito, o Governo Federal estabeleceu-se a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, com o objetivo de propor, respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos à saúde e à alimentação (BRASIL, 1999). Além disso, o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que também assegura o chamado Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) (DE OLIVEIRA, 2005).

Nesta perspectiva o direito à alimentação é um direito indivisível, universal e não discriminatório que assegura ao ser humano o direito de se alimentar de maneira digna. Nesse sentido, Pellanda afirma que:

O direito à alimentação, portanto, está estritamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, contribuindo à interpretação do conceito de segurança alimentar de forma expansiva, evitando o seu pensamento reducionista em associá-lo apenas à quantidade suficiente de alimentos destinados ao consumo humano, mas também à qualidade dos alimentos postos no mercado (PELLANDA, 2013, p.102)

Logo, tem-se que o direito à alimentação é direito do cidadão e dever do Estado, que perpassa pela construção de um novo paradigma da sociedade, que tenha como eixo central a qualidade de vida do ser humano

Conforme a *Food and Agriculture Organization* (FAO) – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação, a segurança alimentar diz respeito a situação que exige que todas as pessoas, em todos os momentos, tenham acesso físico, social e econômicos a quantidade suficiente de alimentos que sejam seguros, nutritivos e que atendam às suas necessidades alimentares para uma vida saudável (PELLANDA, 2013).

Para fins da presente pesquisa, entende-se a segurança alimentar enquanto um direito fundamental que consiste no fato de que todas as pessoas devem, em todo momento, ter acesso físico, social e econômico a alimentos suficientes, seguros e nutritivos. Isso implica, de forma clara, alimento de boa qualidade, livre de contaminações de natureza química, biológica ou física, ou de qualquer substância que possa causar problemas a saúde (PELLANDA, 2013).

Isto é, toma-se aqui a ideia derivada da vigilância sanitária, no sentido de alimento seguro, enfatizando os sistemas de qualidade e de boas práticas de fabricação e análise de perigos e pontos críticos de controle, buscando a promoção da saúde e vigilância sanitária. Nesse sentido, deve-se atentar que a seguridade alimentar inclui a produção primária dos alimentos, considerando seus aspectos agrícolas e veterinários, processos industriais, estocagem, distribuição e comercialização, com o envolvimento em um amplo espectro de assuntos (GUIVANT, 2003).

Alimentos geneticamente modificados são objeto de processamento industrial e variam de minimamente processados à ultraprocessados. No entanto, há vantagens e desvantagens nesse processamento. Isso porque, enquanto aumenta-se a possibilidade de comércio dos alimentos, - havendo extensão do seu tempo de perecibilidade e facilidades em sua distribuição -, há a preocupação relacionada a perda do valor nutritivo dos alimentos, decorrente de sua manipulação e do uso de aditivos intencionais (VENDRAMINI; OLIVEIRA; CAMPOS; 2014).

Não há que se negar que o setor industrial movimenta muitos recursos humanos e financeiros – empresários, indústrias, financistas e acionistas integram o sistema alimentar, assim como agricultores, consumidores e distribuidores de alimentos. Logo, possível perceber que a segurança alimentar perpassa esse conjunto de agentes em que cada integrante busca seus próprios interesses.

Não obstante, para que seja assegurada a efetiva segurança alimentar de uma determinada população é necessário que sejam garantidos alimentos com qualidade, que ofereçam segurança e possibilitem ao consumidor o exercício de seu livre arbítrio para optar por suas preferências alimentares (PELLANDA, 2013). Desse modo, possível afirmar a imprescindibilidade da garantia do direito à alimentação, principalmente considerando sua posição enquanto direito fundamental social relacionado à própria ideia de dignidade humana.

Nesse ponto, resta claro o atrito existente entre o objetivo do projeto de lei estudado no tópico anterior, e tudo aquilo que dispõe a Constituição Federal brasileira de 1988, a política nacional de alimentação e nutrição e o próprio direito humano à alimentação. O principal problema a ser observado, é que a sociedade está exposta a riscos que são invisíveis e com possíveis efeitos irreversíveis. A aprovação do projeto de lei em questão pode ser entendida como a conformação de uma fissura no sistema de segurança alimentar na medida em que permite que sejam consumidos produtos com qualidade duvidosa. É nesse sentido que Ulrich Beck afirma que:

É invariavelmente de ameaças que se trata, que devem ser evitadas, mas cuja reduzida probabilidade já produz efeitos ameaçadores. Se então o reconhecimento do risco é denegado, em razão de um nível de conhecimento “incerto”, isso significa que a reação necessária permanece irrealizada e o perigo aumenta. (BECK, 2010, p. 75).

Considera-se a necessidade de proteção do direito à saúde, e desse ponto de vista, em razão da falta de estudos de avaliação de risco e da pouca familiaridade com alimentos transgênicos, aposta-se em grave risco à saúde humana, tendo em vista a possibilidade de efeitos não esperados dos produtos consumidos, vez as consequências do consumo de OGMs ainda são desconhecidos (NODARI, 2015).

Exatamente em razão disso que os OGMs são considerados integrantes da sociedade de risco definida por Ulrich Beck. Há, em relação a estes, pesquisas ainda inconclusivas ou que não seguem os critérios necessários para assegurar os elementos de integralidade e imparcialidade, resultando na incalculabilidade e imprevisibilidade desses riscos.

Importante destacar que a saúde da sociedade deve ser resguardada, nessa perspectiva, em caso de dúvidas acerca dos efeitos da transgenia, importa mais que nunca que a pessoa escolha do consumidor seja consciente, com a disponibilidade de todas as informações necessárias, garantindo que ele possa decidir se submeter ou não ao risco. O que deve ser pensado em consonância ao que assevera Rosière:

Se houver uma denúncia de que o consumo de determinado produto geneticamente modificado causou danos à saúde de alguém, ainda que não haja base científica consistente, o Estado deve tomar as medidas de cautela para prevenir a ocorrência de futuros danos, inclusive obrigando a retirada de tais produtos de circulação, mesmo que não esteja estabelecido claramente que o fornecedor seja o responsável pelo dano causado (ROSIÈRE, 2013, p. 58-59).

Considerando as reflexões precedentes, pode-se concluir que o Projeto de Lei discutido contraria as atuais disposições e diplomas legais de proteção à segurança alimentar. Pressuposto para a realização do direito à saúde. Sendo assim, considerando o contexto de risco da sociedade atual – o Estado deve garantir o máximo de segurança alimentar possível, obstaculizando e dificultando o consumo de produtos que possam caracterizar perigo à saúde humana.

A presença do símbolo no rótulo indicando a origem transgênica é importante porque possibilita o direito de a população conhecer tudo que pode interferir em sua vida ou nas gerações futuras, seja direta ou indiretamente. A falta de informação, ou informação incorreta e/ou não percebida, cria embaraço à sociedade, que pode consumir um produto que não foi sua escolha consciente e que no fim não lhe forneça a segurança que dele se espera (VALICENTE, 2016).

Logo, a aprovação do presente Projeto de Lei irá facilitar o risco à saúde do consumidor, vez que as pesquisas sobre OGMs são incertas e inconclusivas. A mudança legislativa, da forma que está, representará uma omissão do Estado na função de proteger a saúde dos indivíduos. Deve-se considerar que, em relação aos alimentos transgênicos e seus riscos invisíveis, resta clara a condição vulnerável da sociedade, pois ainda que haja pesquisas que assegurem seus benefícios há também pesquisas que garantem seu perigo à saúde. As inconclusões científicas acabam por deixar o consumidor do produto transgênico diante do risco produzido pelo próprio homem.

Vê-se que apesar dos esforços conjuntos dos constituintes da Constituição Federal brasileira de 1988, dos legisladores do Código de Defesa do Consumidor, e dos idealizadores da Política Nacional de Alimentação e Nutrição e de outros diplomas legais e infralegais a saúde do consumidor continua exposta aos possíveis riscos relacionados aos organismos geneticamente modificados pela transgenia. A aprovação de um projeto de lei que facilite o consumo desses produtos pode se constituir numa grave fissura no sistema atual de proteção aos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de propor conclusões definitivas sobre o tema, o desenvolvimento desse estudo possuiu o condão de problematizar a aprovação do Projeto de Lei nº 34/2015 que expõe à riscos à saúde do consumidor, se utilizando principalmente da rotulagem excessivamente discreta e das incertezas que cercam os OGMs.

Esses produtos têm sido cada vez mais colocados à disposição do mercado de consumo, ainda que com pesquisas inconclusivas a seu respeito. O que se critica, no entanto, na presente pesquisa, é que o consumidor seja mais facilmente induzido ao consumo de produtos como acontecerá com a substituição do símbolo pela frase indicando a transgenia no rótulo.

Considerando que a alimentação é um direito garantido pela Constituição que tem como escopo a concretização do direito fundamental social à saúde, a submissão a esses riscos deveria ser repreendida ou dificultada, e não ampliada ou induzida. Essa proteção à saúde do consumidor ganha maior importância considerando o contexto atual da sociedade de risco.

Esses riscos da modernidade reflexiva na qual se vive atualmente possuem características de um dano irreversível e globalizado. Isso porque não obedecem às fronteiras geracionais, tampouco territoriais. Isso quer dizer que os riscos aos quais a sociedade se expõe agora provavelmente serão sentidos na saúde de gerações futuras, e ainda, não se conterá em um país, apenas.

Sendo assim, é importante ressaltar a necessidade de buscar mecanismos que forneçam maior segurança para o consumidor, não expondo sua saúde a riscos, garantindo seu direito à liberdade de escolha, mas principalmente, o direito à alimentação segura, substrato necessário que permite a ser humano a possibilidade de viver uma vida saudável, com riscos reduzidos. Logo, a aprovação do Projeto de Lei nº 4.148/2008, ou de seu sucedâneo, o Projeto de Lei nº 34/2015, apresenta riscos ao direito fundamental à saúde, tendo em vista que pode expor a sociedade ao consumo de alimentos cuja qualidade resta incerta cientificamente, embora o consumo esteja cada vez mais frequente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jun.

2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Política nacional de alimentação e nutrição**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora: 34, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa, Portugal. Editora: 70, 2015).

BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas** - Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck. Instituto HumanitasUnissinos, 02 jun. 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unissinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BECK, Ulrich. Tecnologia é a matriz do risco, diz sociólogo: entrevista concedida a Antoine Reverchon. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 20 de novembro de 2001. Nacional, ciência. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2011200101.htm>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. In: A reinvenção da política. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.148/2008. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728> Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

CAMARA, Maria Clara Coelho *et al.* **Transgênicos: avaliação da possível (in)segurança alimentar através da produção científica. História ciência e saúde: manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 669-681, set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v16n3/06.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CARVALHO, Sarah Assis. **Projeto de lei da câmara nº 34/2015: uma problematização sobre a rotulagem dos alimentos transgênicos em face dos direitos do consumidor** São Luís, 2012. 67f. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, 2016.

CHAHAIRA, Bruno Valverde; POZZETTI, Valmir César. **Rotulagem de Alimentos Transgênicos: Um Mecanismo Eficaz para a Cidadania Participativa**. *Conpedi Law Review*, [S.l.], v. 1, n. 12, p. 263-290, jun. 2016. Disponível em: <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/166/157>. Acesso em: 27 jun. 2019.

FERREIRA, Heline Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco**. Tese (doutorado), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Nota Técnico-jurídica sobre o Projeto de Lei nº 4.148/2008 (PLC nº 34/2015): rotulagem de transgênicos**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica: ciência e conhecimento científico, métodos científicos, teoria, hipóteses e variáveis**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MESSIAS, Marcos Perez. **Rotulagem de alimentos geneticamente modificados e a responsabilidade ambiental**. 2009. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Universidade Católica de Santos, 2009. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/bitstream/tede/61/1/Marcos%20Perez%20Messias.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MYSZCZUK, Ana Paula; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Transgênicos e vulnerabilidade no direito do consumidor: o direito a ser informado**. EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito. Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. v. 4, n. 7 (jan./jul. 2010). Curitiba, 2010. Disponível em: http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/7edicao/EOS2401.pdf. Acesso em: 27 jul. 2019.

NODARI, Rubens Onofre. **Ciência precaucionária como alternativa ao reducionismo científico aplicado à biologia molecular**. In: Magda Zanoni; Gilles Ferment. (Org.). **Transgênicos para quem? Agricultura, Ciência e Sociedade**. Brasília: MDA, 2011, p. 39-66.

OLIVEIRA, Anelise Rizzolo de. **A alimentação saudável e a promoção da saúde no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 29, n. 70, p. 125-139, mai/ago, 2005.

PELLANDA, Patrícia Santos Précoma. **A Sociedade de risco e o princípio da informação: uma abordagem sobre a segurança alimentar**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 89-114, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/258/341>. Acesso em: 27 jun. 2019.

ROSIÈRE, Bianca Cobucci. **O direito do consumidor à informação na sociedade de risco e a rotulagem dos produtos transgênicos**. Brasília, 2013. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito)

- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/handle/235/5924>. Acesso em: 07 out. 2017.

TAVARES, Eder Torres. **Princípio de precaução e nanotecnociências**. Rev. bioét. (Impr.). 244-55, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n2/1983-8034-bioet-23-2-0244.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

VALICENTE, Raiana Rassi. **Princípio da precaução, direito à informação e alimentos transgênicos**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 16(31): 331-368, jul-dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.31_15.pdf. Acesso em: 13 jun. 2019.

VENDRAMINI, Ana Lúcia do Amaral; OLIVEIRA, José Carlos de; CAMPOS, Maria Aparecida. **Segurança alimentar: conceito, história e prospectiva**. In: MARINS, Bianca Ramos (Org.) **Segurança alimentar no contexto da vigilância sanitária: reflexões e práticas**. Organização de Bianca Ramos Marins, Rinaldini C. P. Tancredi e André Luís Gemal. - Rio de Janeiro: EPSJV, 2014.

UNCERTAINTIES MANUFACTURED AND THE RIGHT TO CONSUMER HEALTH: AN ANALYSIS OF THE IMPACTS OF THE APPROVAL OF BILL NO. 34/2015 IN THE CONTEXT OF THE RISK SOCIETY

ABSTRACT

This paper aims to analyze the House of Representatives Bill No. 34/2015, from the construction developed in the risk theory by Ulrich Beck with the scope to understand the main risks of his assessment with respect to the fundamental right to health. The purpose of this Bill is to approve a reform of genetically modified food labels. It should be noted that research related to GMOs is still inconclusive and, in this context, it is observed that premature changes can generate a food insurance framework disrespected the principles of the fundamental right to health. For the construction of the research, were used the descriptive-explanatory method with the bibliographic and documentary review procedure, from the thematic deepening in books, scientific articles with quality A and B and constant research in the CAPES digital repository of theses and dissertations.

Keywords: Risk. Transgenic. Right to health

LEVANDO AS MINORIAS A SÉRIO: REFORÇANDO O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES CONTRAMAJORITÁRIAS EM FACE DO LEGALISMO AUTOCRÁTICO E DO POPULISMO

Manuela Pereira Galvão da Silva⁴⁹

RESUMO

O panorama político global tem evidenciado que até as democracias mais estáveis estão sujeitas ao declínio por fragilizações graduais ocasionadas, sobretudo, pelo legalismo autocrático, o constitucionalismo abusivo e o populismo. Essas práticas autoritárias usualmente enfraquecem a essência liberal da democracia, atingindo com especial vigor os grupos politicamente minoritários, a exemplo dos indígenas, quilombolas, mulheres, afrodescendentes, comunidade LGBTQ+, dentre outros. No Brasil, o ano de 2019 foi permeado por discursos intimidatórios, ameaças e retrocessos relativos a direitos duramente alcançados pelas minorias, suscitando preocupação quanto à saúde e integridade do Estado Democrático de Direito, cuja existência não pode prescindir de uma rede institucional capaz de garantir o respeito ao sistema de freios e contrapesos, a *accountability* dos governantes, as liberdades civis e o pluralismo. A partir dessa perspectiva, pretende-se analisar as práticas antiliberais que sinalizam um declínio democrático em território nacional e reforçar a importância do devido processo legislativo e do controle de constitucionalidade, como instituições garantidoras das regras do jogo político e da essência pluralista da democracia. Dada a relevância de sua função no plano político, é preciso a conscientização e atenção para que essas instituições mantenham seu funcionamento e não sejam, elas próprias, alcançadas por modificações antidemocráticas.

Palavras-chave: Democracia. Pluralismo. Direitos das minorias. Populismo. Legalismo autocrático.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2019, o cenário político brasileiro foi permeado por uma série de discursos e propostas legislativas – tanto do Poder Executivo como também dos setores mais conservadores

⁴⁹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013). Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2014). Email: manupgs90@gmail.com.

do Congresso Nacional – direcionados ao atendimento dos anseios de grupos específicos da sociedade, dotados de forte apelo eleitoral, sem que se identifique igual preocupação e consideração em relação aos interesses e direitos das minorias políticas, sobretudo indígenas, comunidade LGBTQ+, mulheres, afrodescendentes e pessoas com deficiência.

Dentre os grupos beneficiados pela política legislativa recente, encontram-se o agronegócio, o empresariado, as forças policiais e a bancada evangélica, o que se infere, exemplificativa e, respectivamente, das Medidas Provisórias nº 897/2019⁵⁰ e nº 881/2019⁵¹, da Lei nº 13.964/2019⁵² e da retomada do trâmite da Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2015⁵³. Registrem-se ainda os vários Decretos⁵⁴ do Poder Executivo objetivando disciplinar a aquisição, cadastro, registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo, com escopo de implementar a política do armamento, uma das principais promessas da campanha eleitoral do atual Presidente da República.

A atuação política destinada a favorecer pautas específicas e beneficiar determinados grupos é potencializada pelo discurso e propostas voltadas a reduzir a participação da sociedade civil do âmbito governamental e eliminar o “coitadismo”, expressão utilizada pelo Presidente eleito em depreciação às políticas afirmativas e de caráter social (DOMINGUES, 2019, p. 100). Nessa linha, podem ser mencionados o Projeto de Lei nº 6.159/2019, de iniciativa da Presidência da República, que objetiva, dentre outras medidas, desobrigar o empresariado de cumprir a reserva de vagas para pessoas com deficiência ou reabilitadas, propondo sua substituição pelo pagamento de quantia pecuniária, e, ainda, os vários Decretos (nº 9.759/2019, 9.812 /2019, nº 9.887/2019 e 9.919/2019), todos voltados à redução da participação popular nos conselhos vinculados à administração pública federal.

Evidentemente, não se pretende afirmar que todas as iniciativas do Executivo têm sido prejudiciais aos grupos minoritários ou mesmo que se enquadram no conceito de práticas autoritárias, entretanto, notam-se medidas concretas no sentido de fragilizar direitos duramente

⁵⁰ Que complementou o Plano Safra 2019/2020 para, dentre outras providências, criar a Cédula Imobiliária Rural e facilitar o acesso ao crédito rural.

⁵¹ Denominada “MP da Liberdade Econômica”, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/2019, que estabelece garantias de livre mercado.

⁵² Fruto do “Pacote Anticrime”, que tinha como um de seus escopos a ampliação das hipóteses excludentes de ilicitude a agentes de segurança pública.

⁵³ A qual tem por objetivo impedir a prática do aborto em qualquer hipótese, por meio do acréscimo, no rol constitucional de direitos fundamentais, da “inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

⁵⁴ Decretos nº 9.785/2019, 9.797/2019, 9.844/2019, 9.845/2019, 9.846/2019, 9.847/2019 e 10.030/2019, alguns deles já revogados.

alcançados pelas minorias desde a redemocratização do país, para além de diversos outros fatores no plano político-governamental que indicam um possível avanço do populismo e do legalismo autocráticos em território nacional, suscitando preocupação quanto à saúde e integridade da democracia brasileira.

Diante desse panorama, busca-se enfatizar, em um primeiro momento, a importância do pluralismo para a existência e manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, haja vista a necessidade de preservação de sua essência liberal. Em seguida, serão apresentadas as principais ameaças antiliberais e autoritárias à democracia no plano global atual, com especial enfoque no populismo e legalismo autocráticos, enfatizando a importância das instituições de caráter contramajoritário no refreamento de seu avanço. Por fim, pretende-se apresentar possíveis manifestações desses quadros antiliberais em território brasileiro, apontando a necessidade de se conscientizar a população a respeito das pequenas mudanças que podem representar risco à rede institucional que garante o funcionamento da democracia e, conseqüentemente, afetar os interesses das minorias políticas.

2 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE DEMOCRACIA

Em que pese a relativa estabilidade democrática vivenciada pelo Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988, com notável ampliação das liberdades civis, conquista e consolidação de direitos sociais, redução de desigualdades e desenvolvimento econômico, os últimos anos foram marcados pela precarização no fornecimento dos serviços públicos básicos, insatisfação da sociedade frente aos constantes escândalos de corrupção e uma crescente crise no presidencialismo de coalizão que se mantinha desde a redemocratização, em alternância entre os dois principais partidos, PT e PSDB (ABRANCHES, 2019).

A ausência de autocrítica das elites políticas e a incapacidade do Estado de atender adequadamente as demandas sociais colaborou severamente para a descrença da população nos partidos tradicionais e a busca de alternativas, culminando em um realinhamento partidário nas eleições de 2018, nas quais o até então deputado federal Jair Bolsonaro foi eleito Presidente da República (HUNTER e POWER, 2019).

O receio dos grupos minoritários e mais progressistas diante do resultado das eleições é plenamente justificável. Durante a campanha política, sobressaíram as promessas de eliminação do “coitadismo” (políticas afirmativas), consagração do “direito inalienável de possuir e portar armas”, eliminação da corrupção e consolidação dos valores familiares, religiosos e tradicionais, em um viés moralista e conservador, tipicamente atrelado ao populismo ultradireitista.

Some-se a isso a miríade de discursos agressivos dirigidos contra as minorias políticas – sobretudo afrodescendentes, mulheres, comunidade LGBTQ+ e indígenas –, proferidos não apenas no período eleitoral, mas ao longo de toda a carreira política do atual Presidente, que se ampara na “vontade popular” e na figura do “povo brasileiro”, de maneira totalizante e excludente, olvidando-se do pluralismo inerente à vasta extensão territorial do Brasil.

Essa concepção plebiscitária de democracia, utilizada para legitimação das condutas governamentais, entra em contradição performativa ao negar o direito à identidade e à diferença. Com efeito, a organização política que se define como Estado Democrático de Direito tem como pressuposto básico não apenas a tolerância, mas o reconhecimento e o diálogo com diferentes posições, pensamentos e modos de ser e existir, representando um estágio de convivência humana que demandou séculos de conquistas civilizatórias paulatinas.

Muitas dessas conquistas podem ser atribuídas às Grandes Revoluções oitocentistas que resultaram na limitação do poder estatal pelo *rule of law*, concomitantemente com o estabelecimento de uma carta de direitos e garantias individuais, consagrando o denominado constitucionalismo liberal. A supremacia atribuída à constituição, o estabelecimento das regras do jogo político, a separação de poderes, a responsabilização dos governantes e a garantia dos direitos e liberdades individuais apresentam-se como legados desse período histórico (FIORAVANTI, 2001, p. 71-164).

Após as conquistas liberais da limitação do poder e garantia dos direitos individuais, registram-se como grandes êxitos civilizatórios alcançados nos entreguerras, como reflexos das demandas dos trabalhadores frente às profundas desigualdades sociais, os direitos sociais relacionados ao trabalho, educação e à assistência aos vulneráveis (BOBBIO, 2004). Nesse período surgiu, ainda, o controle concentrado de constitucionalidade como um mecanismo específico de

garantia da supremacia da constituição, cumprindo o papel de resguardar a observância às regras do jogo político⁵⁵.

No entanto, o reforço da igualdade material e do direito à diferença, essenciais ao pluralismo, decorreu da criação de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, como reflexo da elevação da dignidade humana como valor jurídico supremo, em resposta às atrocidades e aos excessos cometidos no contexto da Segunda Guerra Mundial (BOBBIO, 2004, p. 92-98). A conjugação dessas circunstâncias possibilitou o alcance do constitucionalismo contemporâneo, em que há amplo reconhecimento da força normativa das constituições e, inclusive, dos direitos fundamentais nelas inseridos, que atualmente podem ser utilizados como parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade de leis e, portanto, resguardados de violações por eventuais maiorias eleitorais flutuantes.

O Estado Democrático de Direito, portanto, tornou-se muito mais complexo do que a estrutura inicial advinda do constitucionalismo liberal, sofrendo as consequências da pluralização da sociedade e da globalização e se tornando, ele próprio, uma ideia universalista e cosmopolita, que tem como marco normativo uma constituição viva (*living constitution*), que se constrói e se altera de maneira dinâmica e espontânea, em simbiose com as alterações do contexto histórico-social (DOWDLE e WILKINSON).

Para Bruce Ackerman (2013, p. 639), o constitucionalismo liberal-democrático não é expressão de significado unívoco, porque congrega uma série de diferentes valores que coexistem em tensão e arranjos institucionais que se organizam de forma complexa, como resultado de ideais políticos que variam de acordo com o período histórico e com a sociedade em referência, não havendo qualquer garantia de que um modelo específico – como o da separação de poderes estadunidense, por exemplo – seja uma garantia de estabilidade política e respeito aos princípios democráticos e direitos fundamentais.

Em suma, nenhuma arquitetura institucional é suficiente, por si, para garantir a superioridade e autenticidade democrática de determinado sistema, pois estas dependem da efetiva concretização dos valores políticos consolidados pelo tempo, os quais envolvem a responsabilização dos governantes, a limitação do poder, a alternância das lideranças políticas, o pluralismo, a dignidade humana e participação popular na estrutura governamental.

⁵⁵ A primeira Corte Constitucional foi criada em 1920, na Áustria, com base na teoria de Hans Kelsen. (CAPELLETTI, 1992, p. 105).

Portanto, ainda que se trate de um fenômeno político multifacetado e em constante transformação, há uma indissociabilidade entre participação popular, liberalismo e republicanismo, elementos que integram uma concepção abrangente de democracia, que, em muito, ultrapassa o caráter estritamente plebiscitário a que recorrem os discursos populistas.

Nesse viés, Samuel P. Huntington (1991, p. 9) sustenta que um verdadeiro processo de democratização não se limita à possibilidade de escolha dos governantes por meio de eleições (aparentemente) livres e competitivas. Em seu entender, a mera realização regular de pleitos, sem que haja suficiente efetivação de direitos de participação e liberdades civis e políticas associada a um grau de *accountability* das autoridades públicas, caracteriza tão somente um regime híbrido ou uma semidemocracia.

De igual maneira, Conrado Hübner Mendes considera que o projeto de constitucionalismo democrático tem sua existência vinculada a mediações institucionais que permitam influência dos governados na tomada de decisões e, ainda, o controle dos governantes. É por meio dessa rede institucional que “as noções de povo e de soberania popular são filtradas e traduzidas num complexo edifício de procedimentos que buscam assegurar o autogoverno e a proteção das liberdades” (MENDES, 2019, p.231).

Por sua vez, Ronald Dworkin (2014, p. 584-585) concebe a democracia como um “conceito interpretativo” profundamente vinculado às práticas do constitucionalismo liberal e que pode ser identificado em uma gama de arranjos institucionais distintos. Justamente por essa razão, um modelo procedimental e estatístico de “democracia majoritarista”, segundo o qual “as estruturas do governo representativo sejam montadas de modo a aumentar a probabilidade de que as leis e programas políticos da comunidade sejam aqueles preferidos pelo maior número de cidadãos” (DWORKIN, 2014, p. 583) não basta para caracterizar um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, a legitimidade do sistema democrático demanda uma complexa rede de instituições que não possuem valor essencial em si mesmas, mas devem garantir, em conjunto, a qualidade na elaboração da política representativa, por meio de um contrabalanceamento que concretize a limitação do poder, a *accountability* dos governantes, bem como a igual dignidade de todos aqueles submetidos à autoridade política.

O reconhecimento dessa igual dignidade não se limita apenas à enunciação do direito de ser e existir de todos os integrantes da comunidade e da adoção do sufrágio universal, com igual direito de voto. Exige também um sistema governamental que respeite o pluralismo e a diferença ao

viabilizar a todos a participação na construção político-organizacional da sociedade e ao implementar mecanismos que assegurem a observância a todos esses direitos.

Em outros termos, a legitimidade para a tomada de decisões políticas – sobretudo as moralmente controversas, como aquelas que envolvem as liberdades existenciais (sexuais, reprodutivas, religiosas) – depende necessariamente de um arranjo institucional que não anule as posições contramajoritárias, assegurando a independência ética, o direito de existência e a participação minorias políticas, já que todos possuem o direito de ter respeitada a sua dignidade e a responsabilidade de decidir, por si mesmos, a forma de dar valor à própria existência (DWORKIN, 2019, p. 177).

Se a legitimidade democrática de determinado governo exige o respeito às regras do jogo político e à dignidade de todos os cidadãos, também são necessários instrumentos de proteção contramajoritária, que resguardem, concomitantemente, os procedimentos formais de elaboração legislativa e as regras e princípios de cunho material, a fim de garantir uma efetiva independência ética das minorias, papel que, em território nacional, tem como importante protagonista a Suprema Corte, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda, justamente pela necessidade de conceder a todos um tratamento igualitário, também se fazem necessárias medidas protetivas que garantam o desmantelamento das práticas discriminatórias consagradas historicamente, por meio de políticas afirmativas que, muitas vezes, mostram-se impopulares por seu potencial de transformação do *status quo* e por afetarem os interesses das camadas mais conservadoras da sociedade (SABA, 2016).

De um modo geral, é possível afirmar que não basta a mera tolerância em relação à diferença e a realização de eleições regulares para garantir a existência de um Estado Democrático de Direito. A democracia se fundamenta na dignidade humana e na igualdade material, não podendo prescindir de um sistema político qualitativo e apto a garantir a todos os membros da sociedade, inclusive aos grupos minoritários (mulheres, minorias étnicas, sexuais, imigrantes e pessoas com deficiência) o reconhecimento e a efetiva participação na construção político-governamental.

É com base nesse conceito substancial de democracia – indissociável de instituições contramajoritárias que permitam a efetiva participação política de grupos minoritários, bem como políticas afirmativas que desmantelem discriminações estruturais, em respeito à dignidade humana, à diversidade e ao pluralismo – que se passará a analisar as práticas autocráticas que têm despontado no plano global.

3 POPULISMO, LEGALISMO AUTOCRÁTICO E OS ATUAIS RISCOS À DEMOCRACIA

Conforme se mencionou, a democracia correlata ao Estado Democrático de Direito é indissociável de uma malha institucional apta a realizar uma filtragem da “vontade popular” e propiciar a efetiva participação de grupos politicamente minoritários na tomada de decisões governamentais, de forma consentânea com os valores e garantias constitucionais, com especial destaque à dignidade da pessoa humana e à necessidade de limitação do poder estatal.

A ascensão das democracias em seu sentido substancial, com a disseminação do constitucionalismo liberal no final do século XX, foi interpretada por Francis Fukuyama (1992), como um prelúdio do “fim da história”, já que esse modelo de governo lhe parecera ter atingido o ponto de equilíbrio em que o sistema político seria capaz de garantir a liberdade, a igualdade jurídica e a autodeterminação dos povos. Com efeito, a democracia passou a representar um *standard* de sistema governamental legítimo, justo e estável, um verdadeiro modelo a ser seguido por todas as nações.

No entanto, após o otimismo suscitado pela terceira onda de democratização que viabilizou a expansão global massiva desse sistema no final do século XX (HUNTINGTON, 1991), os primeiros anos do século XXI foram marcados não apenas por um processo de desaceleração da difusão do modelo democrático, como também pela fragilização desse sistema em vários países, a exemplo da Hungria, Rússia, Turquia, Egito e Venezuela.

Em 2019, o relatório *Freedom in the World*, elaborado pela *Freedom House*⁵⁶, apontou declínio da liberdade global pelo décimo terceiro ano consecutivo, atingindo inclusive democracias consolidadas, a exemplo dos Estados Unidos e de países integrantes da União Europeia, em razão da disseminação de movimentos populistas antiliberais que rejeitam os princípios básicos da separação de poderes e alvejam as minorias com tratamentos discriminatórios (FREEDOM HOUSE, 2019).

⁵⁶ Organização estadunidense independente, voltada à vigilância e monitoramento do avanço global da democracia. Dados disponíveis em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/democracy-in-retreat>. Acesso em: 08.01.2020.

Marc F. Plattner (2020, p. 5) considera que a democracia liberal enfrenta a maior ameaça desde a Segunda Guerra Mundial, crise que alcança países que resplandeceram na terceira onda de democratização, como o Brasil, as Filipinas e a Polônia.

Diante do panorama global de recessão democrática, até mesmo Fukuyama (2015, p. 11-20) passou a questionar o porquê da baixa performance desse sistema político, atribuindo-a a uma falha institucional decorrente do descompasso entre a capacidade dos governos de fornecer serviços públicos e as demandas populares por *accountability* e transparência, sobretudo em Estados marcados pelo neopatrimonialismo, ou seja, por uma política direcionada ao clientelismo e à patronagem, que se ocupa em enriquecer os governantes e seus apoiadores, deixando de promover o bem comum.

A má-governança, o baixo crescimento econômico, a escassez e má-qualidade de serviços públicos, bem como a ausência de segurança pessoal e corrupção, são fatores que têm sido identificados como causas do declínio democrático e da perda de credibilidade desse sistema político como um todo, o que enseja questionamentos a respeito da eficiência e da própria legitimidade da democracia (PLATTNER, 2016, p. 4-5).

A situação é agravada pelo quadro geral de descomprometimento com direitos civis e políticos, polarização partidária, ataques à mídia interna e o incentivo a *fake news* que arrefecem qualquer cobertura crítica e também a atuação dos opositores, minimizando a possibilidade de debate público e a capacidade de discernimento da população.

Partindo desse ambiente específico e sem desconsiderar as diferenças e especificidades de cada um dos países que se encontram nessa situação, Kim Lane Scheppele identificou como características propícias à implementação de práticas autoritárias a ocorrência de uma eleição transformadora, que atribui poder a um líder carismático alheio às elites políticas tradicionais. Esse líder responde às insatisfações do eleitorado com promessas de eliminar as disfuncionalidades do partidarismo e os impasses políticos, invocando o poder do povo e a necessidade de superação das antigas regras, alterando-as para operacionalizar uma verdadeira fragilização dos limites ao exercício do poder (SCHEPPELE, 2018, p. 545-547).

Nota-se, portanto, que o declínio democrático está fortemente atrelado ao populismo autoritário, correspondente a um governo de caráter personalista que evoca a vontade popular e a direciona contra o sistema político tradicional e, conseqüentemente, toda a malha institucional garantidora de seu funcionamento (TUSHNET, 2019, P. 384).

A predominância da política antissistema é especialmente perniciosa à democracia, porque autoriza a alteração das instituições e possibilita que, sub-repticiamente, o governante se esquive das amarras legais e do controle jurídico, assegurando a sua própria permanência no poder (PRENDERGAST, 2019).

É imperioso esclarecer que o retrocesso democrático que tem se manifestado no plano global apresenta uma clara sofisticação em comparação a autoritarismos passados. Ainda que se mantenham aspectos de misoginia, depuração étnica e nacionalismo, os novos autoritarismos não decorrem de grandes revoluções ou golpes militares, com violações massivas aos direitos humanos, mas se perfazem, sobretudo, pelo legalismo autocrático, mecanismo por meio do qual o próprio sistema legal é utilizado para dismantelar, com aparência de legitimidade, a arquitetura constitucional garantista e de contenção do poder.

Segundo Kim Lane Scheppele (2018, p. 549), o afrouxamento dos limites e restrições ao Poder Executivo, por meio de reformas legislativas, é o primeiro sinal do legalismo autocrático. As demais alterações autoritárias, voltadas à limitação dos direitos individuais, eliminação da oposição e restrição às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, vão sendo gradualmente implementadas da mesma maneira.

Esse modo de agir, que aparentemente se ampara na legalidade e nas regras do jogo político, dificulta a detecção da retração democrática, sobretudo ao se considerar que as modificações no sistema são mascaradas pela invocação das ideias de povo e da própria democracia, respaldando-se na descrença e perda de credibilidade das instituições públicas perante a sociedade (PRENDERGAST, 2019, p. 245).

Além disso, o legalismo autocrático permite manter uma fachada de legitimidade democrática viabilizada pela continuidade da realização periódica de eleições. A diversidade de *designs* institucionais que uma democracia pode assumir dificulta ainda mais a identificação das alterações que lhe sejam perniciosas, pois até pequenas interferências no aparato de instituições de determinado Estado podem minar a limitação do poder e todo o sistema de freios e contrapesos (SCHEPPELE, 2016).

Ao se analisar países em que o legalismo autocrático já se externalizou, é possível extrair das modificações nas engrenagens dos sistemas políticos o objetivo de assegurar a permanência indefinida no poder, eliminar a oposição, a mídia e a *accountability*, bem como reduzir a

possibilidade de exercício de direitos e liberdades fundamentais, infringindo a igualdade e o pluralismo (SCHEPPELE, 2018, p. 562).

Segundo dados extraídos do relatório da *Freedom House* (2019), os autoritarismos atuais se manifestam justamente por tentativas de alongar o tempo de mandato do Executivo; redução da liberdade de expressão (da imprensa e também dos cidadãos comuns); violação dos direitos de imigrantes e refugiados, inclusive com desrespeito aos padrões internacionais de proteção aos direitos humanos; perseguição a dissidentes políticos; nacionalismo e depuração étnica; bem como ameaças a diferentes identidades e grupos minoritários.

Especificamente em relação às minorias, a invocação da vontade da maioria como fator de justificação e legitimação da tomada de decisões políticas, por si, revela-se prejudicial ao pluralismo, por desconsiderar a existência das pautas identitárias dos grupos minoritários, menosprezando a importância de sua participação política (PRENDERGAST, 2019).

Além disso, a atmosfera antidemocrática resultante da conjugação entre o populismo e o legalismo autocrático é potencializada pela predominância de discursos antipluralistas que se amparam na emoção e, não raro, na violência, buscando desqualificar e anular a atuação política de determinados grupos, a exemplo dos indígenas, afrodescendentes, mulheres, comunidade LGBTQ+ e imigrantes, os quais passam a ser vistos como inimigos da nação, do regime e dos valores tradicionais e familiares.

De todo o exposto, embora o populismo e o legalismo autocrático mantenham a aparência de legitimidade eleitoral e de observância das regras do jogo político, esvaziam a democracia seu conteúdo liberal pela inobservância dos direitos individuais, das liberdades civis e das restrições ao exercício do poder, imbricadas nos valores, regras e princípios constitucionais, causando especial prejuízo aos grupos minoritários.

Conforme já se esclareceu, a qualidade e legitimidade democrática de determinado sistema dependem da existência de mecanismos de relativização dos interesses da maioria, justamente pelo comprometimento da sociedade e do poder governamental com os valores constitucionais, sobretudo a dignidade humana e as liberdades políticas, que resultam na necessidade de se viabilizar a efetiva participação de todos os setores da população na tomada de decisões.

Dentre os mecanismos que conferem proteção ao pluralismo e visam limitar abusos cometidos na esfera do Executivo, estão o devido processo legislativo e, sobretudo, o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

No entender de David Prendergast (2019), uma verdadeira democracia deve necessariamente estar aberta para futuros debates políticos e mudança, já que a estabilidade do sistema depende de sua capacidade de transformação e adaptação às próprias alterações do contexto social. No entanto, essa capacidade adaptativa não pode se dissociar dos limites impostos pelas normas constitucionais, o que demanda a existência de um processo legislativo qualificado, que garanta a observância dos valores essenciais da comunidade política. Nesse sentido, a existência e estabilidade do sistema democrático pressupõem que a soberania popular e a regra majoritária sejam contidas por limitações inseridas no próprio processo legislativo, do contrário, a própria oposição, a competição política e a construção dialógica das leis serão inviabilizadas.

No Brasil, o processo legislativo ordinário representa um instrumento de prevenção de violações a direitos, pois engloba diversos procedimentos que visam garantir o debate público e a participação popular na elaboração das leis, em ambas as casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado), para além de uma filtragem prévia por comissões específicas, tais como a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que tem a finalidade de examinar potenciais violações às normas constitucionais antes da apreciação pelo plenário.

A participação popular e o controle de constitucionalidade preventivo no âmbito do Poder Legislativo são meios importantes de proteção da interface pluralista da democracia contemporânea, principalmente quando abrangem audiências e consultas públicas e atribuem voz e direito de influência não apenas aos representantes políticos como também às lideranças comunitárias dos grupos minoritários.

Entretanto, há casos em que as amarras e filtragens estabelecidas no Legislativo são insuficientes para fazer frente ao ímpeto das maiorias, sobretudo nos momentos de instabilidade política e de realinhamento partidário. Nessas situações, é imprescindível a existência de mecanismos repressivos que garantam a contenção de proposições violadoras dos valores constitucionais e das próprias regras do jogo democrático, ainda que tal atuação vá de encontro aos interesses imediatos das grandes massas da sociedade e de seu apelo eleitoral.

A estabilidade do próprio sistema exige que nem mesmo a vontade de uma estrondosa maioria legislativa ou de um povo concebido de forma abstrata e flutuante possam prevalecer contra as normas constitucionais. Por isso, não se pode desconsiderar a importância do controle de constitucionalidade exercido por um órgão independente do poder governamental como instrumento de salvaguarda de interesses contramajoritários contra abusos e autoritarismos. É

justamente esse papel que se atribui ao Poder Judiciário e a sua independência histórica em relação aos apelos populares que o torna “*o menos perigoso dos poderes*” para exercer o controle de constitucionalidade (BICKEL, 1962).

Com efeito, é a função de gerenciamento da vontade popular em relação aos limites constitucionais dos processos democráticos que justifica a ausência de legitimidade eleitoral e possibilita sua atuação, muitas vezes impopular, frente às tomadas de decisões dos demais poderes e ao populismo (PRENDERGAST, 2019).

John Hart Ely (1981) é um dos teóricos que defende a necessidade do controle de constitucionalidade como forma de reforçar a representação democrática e a equidade do voto, já que atribui ao Judiciário a função de declarar nulas as leis que, embora aprovadas sob a égide de um processo legislativo regular e endossadas pelas maiorias políticas, violem os valores do liberalismo democrático, inclusive os direitos e interesses de grupos minoritários.

Da mesma maneira, Susan Alberts, Chris Warshaw e Barry R. Weingast (2012, p. 6-9), situam o controle de constitucionalidade dentre as instituições contramajoritárias de proteção difusa, ou seja, que permitem a proteção de diversos direitos e interesses, provenientes de diferentes grupos minoritários. Segundo os autores, a existência dessa provisão contramajoritária contribui para a estabilidade democrática justamente ao garantir a possibilidade de participação política de grupos de oposição, equilibrando diversos interesses e facilitando a moderação política e reduzindo os custos de adesão ao pacto constitucional.

Não à toa, o Judiciário e, mais especificamente, as Cortes Constitucionais, estão dentre os principais alvos do denominado “constitucionalismo abusivo”, forma especial de legalismo autocrático, em que são promovidas alterações autoritárias das normas constitucionais em determinado sistema político, seja por meio de meras emendas ou pela promulgação de uma nova carta constitucional (LANDAU, 2013).

O constitucionalismo abusivo ataca o funcionamento do controle de constitucionalidade ao interferir na imparcialidade e independência judiciais, como ocorre, por exemplo, com a alteração de número dos membros das Supremas Cortes, a redução ou ampliação do tempo de exercício do mandato ou da idade para aposentadoria compulsória ou mesmo pela modificação da forma de nomeação de seus juízes (LANDAU, 2013).

Situações desse tipo foram vivenciadas pela Hungria, Turquia, Polônia, Egito e Venezuela (SCHEPPELE, 2018), sempre com o propósito de garantir que as cortes constitucionais fossem

compostas por juízes de ideologia consentânea com a do chefe do Executivo, para evitar que a intervenção do Judiciário no exercício do poder governamental e conter o avanço de propostas que pudessem ameaçar a hegemonia política dos governantes.

Diante dessas considerações, havendo um quadro de crescente declínio democrático a nível mundial, é imprescindível que as sociedades e, sobretudo, os grupos minoritários, estejam atentos às as origens e sintomas da recessão democrática, a fim de identificar, o quanto antes, um potencial quadro de ameaça efetiva à democracia.

Segundo Scheppele (2018, p. 555), os autoritarismos contemporâneos vão sendo lentamente implementados pelo legalismo autocrático e pelo populismo e levam em torno de uma década para se consolidarem e se evidenciarem de forma mais concreta. Nesse lapso temporal, há maior facilidade de reversão do quadro antidemocrático, como revela o exemplo do Equador, em que a Corte Constitucional conseguiu evitar que Rafael Correa desse início ao terceiro mandato, reconhecendo a inconstitucionalidade da emenda constitucional que possibilitava a segunda reeleição e lhe garantiria grande influência sobre os demais poderes (SCHEPPELE, 2018, p. 555-556).

Por essa razão, seguindo a linha de pensamento da *Freedom House* (2019) e também de Marc F. Plattner (2020), a recessão democrática não deve ser analisada por uma perspectiva exclusivamente pessimista, mas ser vista como um momento propício para a mobilização social em busca de um aperfeiçoamento qualitativo dos sistemas políticos em todo o mundo.

Nesse sentido, o presente momento contém não apenas perigos, mas também uma oportunidade para a democracia. Aqueles comprometidos com os direitos humanos e governança democrática não devem se limitar a uma atenta defesa do *status quo*. Pelo contrário, devemos nos lançar em projetos voltados à renovação das ordens nacionais e internacionais, a tornar ainda mais justas e compreensíveis as proteções à dignidade humana, inclusive aos trabalhadores cujas vidas são afetadas pelas mudanças econômico-tecnológicas. Democracia exige um esforço contínuo para florescer e uma vontade constante para ampliar e aprofundar a aplicação de seus princípios. O futuro da democracia depende de nossa habilidade de mostrar que ela é muito mais do que um conjunto de restrições e defesas mínimas em face dos piores abusos da tirania – ela é a garantia da liberdade de escolher e viver em conformidade com seu próprio destino.” (FREEDOM HOUSE, 2019, p. 8).

Nesse viés de análise, independentemente da presença concreta de ameaças autoritárias a um sistema político, é preciso conscientização da sociedade acerca da necessidade de preservação do viés pluralista da democracia e a mobilização social na defesa de suas pautas identitárias, a fim

de possibilitar a todos os cidadãos o alcance de modos de ser e existir que sejam consentâneos com seus valores.

Conforme se mencionou, a preservação da democracia depende do fortalecimento da rede institucional estruturante do *rule of law*, para a garantia de existência de uma oposição efetiva, a limitação do poder e a *accountability* dos governantes. Em relação aos grupos minoritários, mostra-se especialmente necessário preservar o devido processo legislativo e o controle de constitucionalidade, evitando que eles também sejam atingidos pelo legalismo autocrático, populismo e constitucionalismo abusivo.

4 O CENÁRIO BRASILEIRO E AS POTENCIALIDADES DE MUDANÇA

O tópico anterior buscou evidenciar que a consolidação de um Estado Democrático de Direito não representa o “fim da história”, exige constante transformação e aperfeiçoamento. Trata-se de um sistema cuja existência não depende somente de fórmulas eleitorais que assegurem igual direito de voto aos cidadãos, mas demanda uma essência qualitativa caracterizada pela efetiva participação da sociedade, inclusive dos setores minoritários, na formulação das decisões políticas.

A ausência de zelo pelo aspecto qualitativo da democracia – que engloba o *rule of law*, a responsabilização dos governantes e a observância do pluralismo – pode levá-la à fragilização, mesmo em Estados Democráticos de Direito considerados fortemente consolidados. Por isso, a sociedade deve estar atenta aos indicadores de declínio democrático e de práticas autoritárias, vigilando constantemente os meios pelas quais elas são disseminadas, pois quanto mais precoce for a constatação de um quadro de declínio democrático, maior será a chance de estancar seu avanço.

Diante desse panorama, passa-se à análise da situação brasileira, em que já se evidenciam relevantes fatores de risco às regras do jogo democrático, os quais devem ser neutralizados para que se possa evitar a fragilização dos limites constitucionais do Estado Democrático de Direito a um patamar de difícil reversibilidade.

Nesse sentido, convém registrar, desde logo, que o sistema presidencialista adotado pelo Brasil é considerado, por alguns autores, como menos propício para a estabilização democrática quando comparado ao parlamentarismo, já que viabiliza a personificação da figura do presidente e

facilita o avanço do populismo. Além disso, possui maior rigidez na demissão do chefe de governo (que não depende do apoio parlamentar) e apresenta maior risco de impasses políticos entre o Executivo e o Legislativo, gerando fortes tensões institucionais (LINZ, 1990)⁵⁷.

Bruce Ackerman (2013, p. 646-650), por sua vez, sustenta que a divisão de competências políticas entre o sistema bicameral simétrico (Câmara de Deputados e Senado) e uma presidência independente – como ocorre no Brasil, à semelhança dos EUA – pode não ser a melhor forma de garantir a estabilidade democrática. Segundo o autor, esse modelo também favorece impasses na implementação de programas governamentais e crises de governabilidade, sobretudo quando as propostas apresentadas pelo Presidente não são acolhidas no Legislativo, situação que pode levá-lo a governar autoritariamente, por meio de decretos.

Outro ponto mencionado por Ackerman (2013, p. 655-663) e por Barber (2019) corresponde aos riscos atrelados à política de personalidade, em que os princípios político-partidários e os próprios partidos políticos perdem força e representatividade junto às bases e a sociedade de modo geral, permitindo o avanço do populismo e de lideranças carismáticas.

Para além da maior propensão a manobras de caráter personalista e populista (segundo se deduz dos estudos realizados pelos autores já mencionados) o contexto histórico brasileiro revela um cenário favorável à perpetração de práticas autoritárias, evidenciando-se uma crescente polarização partidária, bem como a perda de credibilidade da sociedade no sistema político que vigorou desde a redemocratização do país, fatores que são apontados pela doutrina como prenúncios de uma fragilização democrática (ABRANCHES, 2019).

Com efeito, o descrédito da população e a propagação de propostas antissistema são reforçados pelo longo período de baixo crescimento econômico, corrupção disseminada e de uma política partidária que se manteve por meio de coalizões, sem dar a necessária atenção às demandas sociais. Esse panorama viabilizou o surgimento e a expansão de movimentos populistas antiliberais a partir do ano de 2013, culminando nas eleições de 2018, que alçaram ao poder uma personalidade que, embora apresente cerca de trinta anos de carreira política e não se caracterize propriamente

⁵⁷ O declínio democrático nos EUA e na América Latina (Equador e Venezuela) está associado à figura presidencial, no entanto, há países parlamentaristas (Hungria) e semipresidencialistas (Polônia, Egito e Rússia) que também enfrentam situações de risco à democracia, o que pode colocar em dúvidas o posicionamento de Linz. No entanto, ainda que a posição não seja sólida e esteja sujeita a críticas, não se pode negar que o apelo à legitimidade democrática majoritária é maior no governo presidencial do que no parlamentar, e pode gerar instabilidades, notadamente diante da possibilidade de, em um impasse de representação governamental frente ao Poder Legislativo, o presidente poder invocar a maioria popular para promover a dissolução do Congresso Nacional e barrar a realização de novas eleições.

como *outsider*, não integrava os partidos tradicionais, tenho ganhado o apoio da população em razão de seus discursos moralistas e propostas de combate à corrupção e à criminalidade (HUNTER e POWER, 2019).

É preciso admitir que não é recente o recurso ao apelo populista e ao antagonismo (“nós contra eles”) nas campanhas eleitorais brasileiras, circunstância que já foi marcante nas eleições anteriores e que muito contribuiu para a polarização da sociedade e para o acirramento de ânimos constatado em 2018, sobretudo se consideradas as sérias falhas no atendimento das promessas eleitorais dos governos anteriores, com um declínio substancial dos serviços públicos de caráter social e retração econômica (ABRANCHES, 2018, p. 23).

No entanto, não há dúvidas de que o risco à democracia se afigura mais nítido no atual momento, por força da propagação de uma ideologia nacionalista e antiliberal, associada à pouca atenção dada pelo governo em relação à necessidade de participação popular na elaboração das políticas públicas, considerando-se a vasta quantidade de decretos presidenciais e medidas provisórias editados em 2019, muitas vezes com a finalidade de eliminar ou reduzir direitos e liberdades individuais arduamente conquistados desde a redemocratização.

De fato, a própria campanha eleitoral de 2018 foi marcada por uma retórica discriminatória em relação às minorias e sofreu influências dos movimentos antiliberais dos EUA, Europa e América Latina⁵⁸, induzindo ao fortalecimento do *neoliberalismo nacionalista* que caracteriza a forma contemporânea de populismo de direita (TUSHNET, 2019, P.382).

Essa conjuntura veio a se agravar de modo ainda mais profundo com a disseminação de *fake news* nas redes sociais, o que contribuiu para a desinformação e desorientação da população, configurando séria ameaça à liberdade de expressão, à imprensa e à oposição, por meio do que se denomina “autoritarismo digital” (FREEDOM HOUSE, 2019, p. 5).

Ultrapassado o período eleitoral – que, por si, deu ensejo à alocação do Brasil dentre os países que retrocederam em termos de democracia⁵⁹ –, os fatos transcorridos no ano 2019 não se mostraram promissores quanto ao arrefecimento das práticas antiliberais, proliferando-se ameaças

⁵⁸ Segundo a Freedom House (2019, p. 10-16), a campanha presidencial de sofreu o impacto da desinformação e da violência política, para além de já evidenciar desdém em relação às pautas identitárias e pluralistas.

⁵⁹ No relatório divulgado pela *Freedom House* (2019, p. 6-7), com base em dados coletados ainda no ano de 2018, o Brasil já havia sido incluído entre os países que tiveram perdas no *score* de direitos políticos e liberdades civis, acompanhando o cenário americano, que, de modo geral, apresentou retrocessos em termos de processo eleitoral, pluralismo, participação política, funcionamento governamental, liberdade de expressão, direitos sociais e *rule of law*.

cada vez mais concretas aos direitos políticos e liberdades civis, sobretudo dos grupos de menor representação social.

A proeminência de propostas legislativas afetas a setores específicos da sociedade e a indiferença quanto à necessidade de ampla participação popular na elaboração das políticas, para além do descaso em relação aos direitos e interesses das minorias – sobretudo aquelas que se contrapõem aos valores comunitários tradicionais – trazem fortes indícios da presença do legalismo autocrático em território brasileiro.

Com efeito, nota-se a promoção de medidas governamentais de caráter antipluralista, haja vista que direitos de grupos minoritários já têm sido afetados, limitados ou mesmo extintos por meio de decretos presidenciais e medidas provisórias, espécies normativas que escapam ao processo legislativo ordinário e carecem de debate público prévio, participação popular e, ainda, do controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo Poder Legislativo.

Reitere-se que o processo legislativo ordinário é um importante mecanismo de proteção da legitimidade democrática ao viabilizar a discussão popular sobre as propostas legislativas. Nesse sentido, o uso indiscriminado e, muitas vezes, injustificado de medidas provisórias e decretos presidenciais caracteriza, por si, uma prática antidemocrática, justamente porque essas espécies normativas são utilizadas como evasivas ao devido processo legislativo e ao amplo debate público⁶⁰.

Um dos efeitos desse descaso com a participação popular é evidenciada pela publicação sucessiva de decretos que regulam a mesma matéria em um escasso lapso temporal, seja como resposta à repercussão negativa e críticas da comunidade política, seja em razão da constatação de ilegalidades e mesmo inconstitucionalidades que demandam posteriores correções. Essa sucessão de atos normativos pode ser exemplificada pelos decretos que modificaram as exigências para aquisição, posse e porte de armas e os decretos que eliminaram os conselhos de participação da sociedade civil na administração federal⁶¹.

⁶⁰ Ainda que possam vir a ser ratificados ou confirmados posteriormente pelo Legislativo ou mesmo pelo Judiciário, não são raras as vezes em que há o indevido emprego de medidas provisórias e decretos do Executivo, pela inobservância dos pressupostos constitucionais para sua utilização. Quando invalidados, esses atos normalmente continuam a produzir efeitos pelo período em que tiveram vigência, considerando-se a presunção de legalidade e constitucionalidade das leis e atos da administração pública.

⁶¹ Decreto nº 9.759/2019, de 11 de abril de 2019, Decreto nº 9.812 de 30 de maio de 2019 e Decreto nº 9.887/2019. Destaque-se que o Decreto nº 9.759/2019 teve sua inconstitucionalidade decretada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6121, justamente em razão da violação às garantias constitucionais de participação social.

Não bastasse o caráter antidemocrático dos instrumentos utilizados para a implementação das políticas governamentais, seu conteúdo também revela uma postura antiliberal, a exemplo da negligência em relação ao combate ao trabalho escravo⁶² e aos direitos dos povos indígenas⁶³, a violação a tratados de combate contra a tortura⁶⁴, a proposta de ampliação das excludentes de punibilidade dos agentes de segurança pública⁶⁵, a interferência na autonomia universitária⁶⁶, bem como a retirada do Pacto Global pela Imigração da ONU.

Nesse sentido, é inegável que está ocorrendo uma fragilização das políticas que se destinavam à proteção dos grupos mais vulneráveis, justamente aqueles que requerem uma especial responsabilidade e cuidado do Estado para que possam ter garantido seu direito de existir. Quanto a eles, a “desatenção é a primeira etapa da violência” (SALLES, 2019, p. 289) e não se pode negar o fato de que, em uma democracia que se fundamenta na dignidade humana, como a brasileira, a violência que se volta contra alguns acaba por afetar os interesses de todos.

No que toca aos discursos provenientes dos membros do alto escalão do Poder Executivo, houve alusão a um novo AI-5 em caso de “radicalização dos protestos de rua”, a afirmação de que “não houve ditadura no Brasil”, para além da menção à necessidade de que fossem realizadas “comemorações” na data em que um golpe de Estado deu início à ditadura de 1964⁶⁷.

Especificamente em relação às minorias, sobressaltam as afirmações de que o racismo “é coisa rara no Brasil”, que o “kit gay” (cartilha distribuída aos educadores para combater a homofobia nas escolas) deveria ser abolido para se evitar a disseminação da homossexualidade e que o Brasil não pode ser visto como “paraíso do mundo gay”, antagonizando os ativismos que

⁶² O Decreto 9.759/2019 extinguiu, juntamente com outros colegiados da administração pública, a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), recriada, com severas limitações pelo Decreto nº 9.887/2019, trazendo dificuldades para a formulação, efetividade e execução de projetos.

⁶³ O Conselho Nacional de Política Indigenista e na Comissão Nacional de Educação Escolar Indígena também foi extinto pelo Decreto nº 9.759/2019.

⁶⁴ O Decreto nº 9.831/2019 interferiu no Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), levando a Organização das Nações Unidas a apontar a violação ao *Optional Protocol to the Convention Against Torture* (OPCAT), pelo enfraquecimento severo da prevenção da tortura policial no Brasil. (ONU. Views of the Subcommittee on Prevention of Torture on the compatibility with the Optional Protocol to the Convention against Torture of presidential decree No. 9.831/2019 relating to the national preventive mechanism of Brazil. 16.12.2019. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CAT/OP/8>. Acesso em: 12.01.2020).

⁶⁵ Tema integrante do Pacote Anticrime enviado ao Congresso Nacional (PL 6.341/2019).

⁶⁶ A exemplo da Medida Provisória nº 914/2019, que alterou a forma escolha de dirigentes de universidades federais, interferindo em sua gestão sem qualquer debate prévio e sem respeitar a normatização vigente.

⁶⁷ Cf. Folha de São Paulo. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/frases-antidemocraticas-e-referencias-a-ditadura-marcam-governo-bolsonaro-relembre.shtml> 26.11.2019. Acesso em: 12.01.2020.

possibilitaram a redução da discriminação por meio de diversas lutas voltadas à concretização do pacto de civildade estabelecido na Constituição de 1988 (DOMINGUES, 2019).

Para além da evidente vulgaridade discursiva, o menosprezo em relação à diversidade e à possibilidade de participação dos grupos minoritários na construção das políticas públicas também é acompanhado de manifestações desabonadoras de instituições tradicionalmente conhecidas como vias de proteção contramajoritária, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, conforme se denota do vídeo publicado em perfil oficial do Presidente da República em uma rede social, comparando a Suprema Corte, canais da imprensa e partidos políticos com hienas prestes a atacá-lo.

Nesse sentido, ainda que a Corte Constitucional brasileira já tenha sofrido perda de credibilidade frente à população, não há como desconsiderar o papel crucial que desempenha ao garantir o adequado funcionamento do sistema político brasileiro e representar um importante contrapeso ao poder exercido pelo Executivo e Legislativo, notadamente em relação a decisões políticas adotadas com base na premissa majoritária.

É bem verdade que, muitas vezes, as afirmações escandalosamente antiliberais proferidas no plano do discurso não significam a adoção de atitudes manifestamente antidemocráticas no plano prático. Justamente por isso, Mark Tushnet (2019, p. 386-387) sustenta que o autoritarismo não pode ser averiguado exclusivamente pela retórica, mas depende da efetiva implementação de políticas antiliberais indúvidas, que desvalorizem o pluralismo e a igualdade entre os cidadãos, a exemplo daquelas que envolvem o antissemitismo, o racismo e a xenofobia.

Todavia, independentemente de sua efetiva implementação, e ainda que o antiliberalismo se circunscrevesse ao discurso (o que não se verifica no caso brasileiro, em que já há iniciativas políticas que interferem na participação política e em direitos e interesses de grupos minoritários), não se pode desconsiderar que uma “retórica irresponsável pode ser um primeiro passo para reais restrições à liberdade”, (FREEDOM HOUSE, 2019, p. 18).

A irresponsabilidade discursiva tem amparo na liberdade de expressão, no entanto, torna-se especialmente perigosa quando não há um espaço público que possibilite a antítese, o diálogo e o debate a causar o mesmo impacto e influência sobre seus ouvintes. Além disso, vale o alerta de que as palavras “pronunciadas por autoridades públicas valem o quanto pesam e nunca são ‘da boca para fora’” (MENDES, 2019, p. 233).

O comportamento da sociedade governada sofre profunda influência do discurso de seus governantes. A partir do momento em que estes se pronunciam contra as instituições democráticas ou incitam verbalmente a violência em relação a determinados grupos, haverá efeitos reflexos duplamente prejudiciais às minorias, porque elas sofrerão com a violência reverberada no plano social e as instituições provavelmente não terão o espaço político necessário para defender seus direitos.

É oportuno mencionar que, segundo pesquisa do Instituto Datafolha realizada em dezembro de 2019⁶⁸, o Índice de Apoio à Democracia sofreu um recuo de 69% para 62%, desde o primeiro turno das eleições de 2018, com um acréscimo de 13% para 22% dos indiferentes. Além disso, chama a atenção a redução do número de pessoas que discordam que o governo tem o direito de fechar o Congresso Nacional, com o decréscimo do índice de 71% para 67%.

Por certo, a alteração desses índices, com base na opinião da população, não é suficiente para averiguar uma nítida derrocada democrática, não sendo possível, tampouco, atribuí-la a alguma causa determinada sem maiores investigações. Entretanto, não há dúvidas de que a opinião popular, inclusive aquela dirigida aos órgãos integrantes do próprio sistema político é muito influenciada pelos discursos dos governantes ou mesmo pela sua indiferença em relação aos valores democráticos.

De um modo geral, seja no plano das políticas públicas, seja no plano do discurso, é possível antever no contexto brasileiro a presença de diversos fatores correlacionados ao decréscimo da democracia no mundo contemporâneo, fazendo transparecer uma potencial crise política cuja concretização, ou não, dependerá da força das instituições em manter a lealdade aos valores constitucionais e garantir a sobrevivência do jogo democrático e do pluralismo.

A manutenção do ambiente democrático exigirá não apenas o respeito às regras eleitorais e às instituições públicas, mas também a observância do pacto de civilidade, a continuidade do projeto governamental arquitetado pela Constituição da República de 1988 e, ainda, a coerência performativa dos governantes em respeitar a lei e as normas estruturantes do Estado Democrático de Direito.

⁶⁸ Pesquisa quantitativa realizada em território brasileiro, com “abordagem pessoal com pontos de fluxo populacional”, em 2.948 entrevistas distribuídas em 176 municípios, tendo como universo a população brasileira com 16 anos ou mais e margem de erro de dois pontos percentuais. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/42a3a1405e015b37af0facb59e438492osdemo.pdf>. Acesso em: 12.01.2020.

As medidas para se interromper o processo de fragilização da democracia envolvem a conscientização da população acerca da importância do fortalecimento da sociedade civil, da garantia de independência do Judiciário, da manutenção de uma mídia plural e isenta e de uma oposição partidária efetiva e militante, o que demandará uma mudança de postura dos próprios partidos políticos e a necessidade de maior aproximação com as bases, a fim de minimizar o culto à personalidade de líderes carismáticos (BARBER, 2019).

Não há dúvidas de que uma boa governança depende de uma boa arquitetura estatal e do controle da corrupção, com a efetiva responsabilização dos agentes estatais por improbidade administrativa e ilegalidades (FUKUYAMA, 2015). No entanto, o combate à corrupção e a responsabilização dos agentes públicos não pode prescindir da observância do próprio *rule of law* e, sobretudo, das regras de garantia contra o abuso de poder.

Nesse sentido, a sociedade deve estar atenta aos mecanismos pelos quais as manobras autoritárias vêm sendo implementadas em outros países e acompanhar com cuidado a forma pela qual as políticas estão sendo desenvolvidas no Brasil e, ainda, as alterações que vêm sendo produzidas no sistema de engrenagens estipulado no pacto constitucional de 1988.

Justamente em razão da necessidade de manutenção de um sistema representativo capaz de dar voz às minorias, é necessário que tanto o Judiciário – com especial atenção ao controle de constitucionalidade – como o Legislativo – sobretudo em relação ao devido processo legislativo – sejam fortalecidos e resguardados contra possíveis manobras do legalismo autoritário e do constitucionalismo abusivo.

Por fim, merecem especial reforço os movimentos cívicos por justiça e inclusão, pois são eles os detentores de maior força contra as investidas autoritárias e sua existência é imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos estudos realizados, conclui-se que a democracia é um sistema que pressupõe a constrição do poder e o respeito ao pluralismo, não podendo ser reduzido à mera contabilização plebiscitária de votos. Embora a experiência permita identificá-la como o sistema mais justo e equitativo, que mais garante direitos e liberdades dos cidadãos frente ao abuso do poder dos

governantes, seu alcance não permite considerá-la como algo definitivo. Por mais estável e consolidada que seja uma democracia e independentemente do local em que ela esteja situada, está sujeita a declínio, sobretudo em casos de crise socioeconômica e perda de credibilidade na estrutura governamental, afetando de forma marcante e substancial os direitos das minorias políticas, que muitas vezes são consideradas como ameaças aos valores tradicionais ou tachadas de inimigas da vontade popular. Esse cenário é bastante propício aos avanços do legalismo autocrático e do populismo autoritário.

A análise da recessão democrática pela qual passam diversos países permite constatar que o quadro de autoritarismo vai se instaurando de forma gradual e paulatina, em um processo que perdura aproximadamente dez anos, havendo meios de revertê-lo, caso seja identificado a tempo. Essa reversão depende necessariamente de a sociedade estar atenta às alterações aparentemente legais voltadas à monopolização do poder, eliminação da oposição e da mídia e violações ou negligência em relação às liberdades civis e proteção aos grupos minoritários.

No Brasil, os últimos anos viabilizaram a formação de um cenário propício para o declínio democrático. A polarização partidária, a recessão econômica e a baixa qualidade dos serviços públicos, somadas à disseminação da corrupção, ensejaram a perda de credibilidade da população em relação às elites políticas e ao próprio sistema democrático.

O descrédito quanto ao partidarismo de coalizão corriqueiro desde a redemocratização levou à busca de alternativas e culminou com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018, a despeito da postura ultradireitista, do discurso agressivo e das propostas antiliberais do candidato.

No ano de 2019, diversas medidas do Executivo (sobretudo decretos e medidas provisórias) implementaram esses discursos na prática, denotando a indiferença do governo com os direitos e interesses dos grupos minoritários, muitos dos quais já sofreram repercussões negativas em seu patrimônio jurídico e na expectativa de ver garantidos o seu direito de existência e de identidade e, conseqüentemente, sua dignidade.

Há, portanto, fatores que denotam o avanço do legalismo e do populismo autocráticos em território brasileiro, cuja contenção não pode prescindir da atuação cívica da população, principal agente capaz de pressionar os governantes e demandar a observância das exigências democráticas e oposição à repressão, bem como o respeito aos instrumentos de proteção contramajoritária, como o devido processo legislativo e o controle de constitucionalidade.

De fato, tanto o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal como o devido processo legislativo são essenciais para preservar a participação popular na construção da política governamental e, portanto, para assegurar o pluralismo os valores constitucionais, sendo imperioso garantir que o funcionamento dessas instituições não venha a ser vítima das manobras associadas ao legalismo autocrático e ao constitucionalismo abusivo.

O engajamento da sociedade brasileira e a atuação por mais liberdade, responsabilidade dos governantes e dignidade é imprescindível para que o sistema democrático não se esface ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: ABRANCHES, Sérgio *et. al.* **Democracia em risco?** 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 11-51.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, Jan./2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

ALBERTS, Susan; WARSHAW, Chris; WEINGAST, Barry R. Democratization and Counter-majoritarian Institutions: The Role of Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy. In: GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2554750>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BARBER, N.W. Populist leaders and political parties. **German Law Journal**. Cambridge, v. 20, n. 2, p. 129-140, Apr/2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.9>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London: Yale University Press, 1962.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

DOMINGUES, Petrônio. Democracia e autoritarismo: entre o racismo e o antirracismo. ABRANCHES, Sérgio *et. al.* **Democracia em risco?** 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 98-115.

DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. On the Limits of Constitutional Liberalism: In Search of Constitutional Reflexivity. In: DOWDLE, MICHAEL W.; WILKINSON, MICHAEL A. (Org.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 17–37. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781316285695>. Acesso em: 23 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. 2ª Ed. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of Judicial Review**. Revised ed. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2019: Democracy in retreat**. 2019. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/democracy-in-retreat>. Acesso em: 08 jan. 2020.

FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. New York: The Free Press, 1992.

FUKUYAMA, Francis. Why is democracy performing so poorly? **Journal of Democracy**, Washington, v. 26, n. 1, p. 11-20. Jan./2015. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/565635>. Acesso em: 18 dez. 2019.

HUNTINGTON, Samuel P. **The third wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

HUNTER, Wendy; POWER, Timothy J. Bolsonaro and Brazil's Illiberal Backlash. **Journal of Democracy**, vol. 30 no. 1, p. 68-82, Jan./2019. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/713723/pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

INSTITUTO DATAFOLHA. **Opinião sobre a democracia**. Pesquisa quantitativa de opinião pública realizada em dezembro de 2019. São Paulo: 2019. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/01/02/42a3a1405e015b37af0facb59e438492osdem.o.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, California, v. 47, p. 189-260, Apr./2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244629. Acesso em: 23 nov. 2019.

- LINZ, Juan José. The perils of presidentialism. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 1, n. 1, p. 51-69, winter/1990. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/225694/pdf>. Acesso em: 30 dez. 2019.
- MENDES, Conrado Hübner. In: ABRANCHES, Sérgio *et. al.* **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 230-246.
- ONU. **Views of the Subcommittee on Prevention of Torture on the compatibility with the Optional Protocol to the Convention against torture of presidential decree No. 9.831/2019 relating to the national preventive mechanism of Brazil**. 2019. Disponível em: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/CAT/OP/8>. Acesso em: 12 jan. 2020
- PLATTNER, Marc F. Is democracy in decline? **Democracy & Society**, vol. 13, i. 1, p. 5-10, fall-winter, 2016. Disponível em: <https://perma.cc/X29H-2NNR>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- PLATTNER, Marc F. Democracy Embattled. **Journal of Democracy**, Washington, v. 31, n. 1, p. 5-10, Jan./2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/jod.2020.0000>. Acesso em: 31 jan. 2020.
- PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. **German Law Journal**, Cambridge, v. 20, n. 2, p. 245-262, Apr./2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.15>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- SABA, Roberto. **Más allá de la igualdad formal antela ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- SALLES, João Moreira. El Salvador: A propósito da força e da fragilidade. In: ABRANCHES, Sérgio *et. al.* **Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 287-305.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). Background paper: Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/events/wright-scheppele2016.pdf. Acesso em: 31 jan. 2020.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 85, n. 2, p. 545-583, mar./2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele_SYMP_Online.pdf. Acesso em: 30 jan. 2020.
- TUSHNET, Mark. Varieties of populism. **German Law Journal**, Cambridge, v. 20, n. 3, p. 382-389, Apr./2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/varieties-of-populism/CCC1F93141F2202E26ABC184808407A5>. Acesso em: 23 dez. 2019.

***TAKING MINORITIES SERIOUSLY: REINFORCING THE ROLE OF THE
COUNTERMAJORITARIAN INSTITUTIONS AGAINST AUTOCRATIC LEGALISM
AND POPULISM***

ABSTRACT

The global political scenario shows that even the most stable democracies are subject to gradual decline due to autocratic legalism, abusive constitutionalism and populism. These authoritarian practices usually undermine the liberal essence of democracy and cause special impact over the political minorities, such as indigenous, women, afro descendants, LGBTQ+ community, among others. In 2019, Brazil presented a number of intimidating speeches, threats and setbacks regarding rights that have been hardly conquered by the minorities, raising concern about the health and integrity of the Democratic State, whose existence depends on institutional architecture able to guarantee compliance with the rule of law, the system of checks and balances, government accountabilities, civil liberties and pluralism. By this approach, we intend to analyze the illiberal practices that indicate a potential democratic decline on national territory and reinforce the importance of ordinary legislative procedure and judicial review, as mechanisms to guarantee the rules of political game and the pluralistic essence of democracy. Due to the relevance of its function in the political landscape, we need to be conscious and attentive, for these institutions to keep functioning and not to be affected by antidemocratic changes.

Keywords: Democracy. Pluralism. Minority rights. Populism. Autocratic legalism.

LIBERDADE ECONÔMICA E A REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE NATAL/RN

*José Anderson Souza de Salles*⁶⁹

*Vinicius Augusto Cipriano M. de Souza*⁷⁰

RESUMO

Por meio de uma pesquisa teórico-descritiva, com a metodologia preconizada pela dogmática jurídica, o presente trabalho tem por objeto analisar as principais mudanças trazidas pela Lei de Liberdade Econômica e seus impactos na atividade fiscalizatória do município de Natal/RN em matéria de publicidade e propaganda. Haveria antinomia nas legislações confrontadas? Estaria a administração pública municipal incorrendo em abuso do poder regulatório de maneira a restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico? O produto final deste trabalho é um estudo regional acerca da temática que servirá para a academia, para os gestores públicos e para os empreendedores locais identificarem se o Município estaria exorbitando de suas atribuições.

Palavras-chave: Lei de Liberdade Econômica. Regulação. Publicidade e propaganda. Custos de transação. Abuso de poder regulatório.

1 INTRODUÇÃO

Viabilizar a concretização das políticas públicas exige uma constante atualização do Direito Administrativo sob o aspecto da pluralidade de direitos e garantias que permeiam o texto constitucional e a convergência de interesses privados que, por vezes, são colidentes.

Como forma de assegurar e garantir a livre iniciativa, o bem-estar da coletividade e a segurança (art. 1º, inciso IV, e art. 170, ambos da CR) de forma eficiente (art. 37, caput, da CR), exige-se do Legislador a utilização do exercício de Poder de Polícia por meio de instrumentos infraconstitucionais (leis complementares, ordinárias e atos administrativos normativos) para sua efetivação.

⁶⁹ Advogado e Auditor de Controle Externo do TCE/RN. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Email: anderson.ssalles@gmail.com.

⁷⁰ Advogado e Professor. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Email: viniciuscipriano.adv@gmail.com.

Com esse escopo que se instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei Federal nº 13.487, de 20 de setembro de 2019, cujo teor estabeleceu garantias de livre mercado e alterou vários dispositivos normativos de diversos diplomas, a exemplo da Lei das Sociedades Anônimas, Lei dos Registros Públicos, Código Civil, Consolidação das Leis do Trabalho, Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

Entre outras providências que foram dadas, um de seus pontos de destaque é a norma contida no art. 4º, VIII, da referida Lei, que estabeleceu ser dever da Administração Pública evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; isto é, as limitações que não estejam amparadas em casos expressamente estabelecidos pela legislação federal.

A existência de uma infinidade de normas regulatórias sobre diversos setores, o poder de polícia municipal sobre poluição ambiental das cidades, somados a ausência de clareza quanto ao que é ou não admitido veicular nas propagandas, gera imprevisibilidade e, por consectário, insegurança jurídica para os agentes econômicos na hora de divulgarem os benefícios dos seus produtos e serviços.

Nesse sentido a Lei de Liberdade Econômica vem sendo bastante festejada, sob a expectativa de que o dispositivo mencionado acima tenha condições de garantir maior liberdade aos agentes econômicos no momento de anunciarem seus produtos. Entretanto se observa que a Lei se valeu de conceitos gerais em abundância, sem enfrentar os problemas concretos de um modo específico, o que pode conduzir o intérprete a criar regras jamais imaginadas pelo legislador, aumentando o ambiente de insegurança jurídica.

A questão central desta pesquisa diz respeito a relação dialógica a ser estabelecida entre a Lei de Liberdade Econômica com normas jurídicas que regem as atividades econômica, bem como o modo que se insere o poder regulatório na perspectiva federativa. A outro tanto, a sua aplicação em face das legislações municipais ganha um elemento adicional, uma vez que a publicidade urbana, abrangendo os painéis e letreiros expostos ao público sob qualquer modalidade, é assunto de peculiar de interesse do Município, e, como tal, fica sujeito à regulamentação e autorização da respectiva Prefeitura, que possui competência para policiar a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores.

Assim, diante de eventuais incompatibilidades de prescrições das legislações confrontadas, além dos critérios de competência e da especialidade para a solução de antinomias aparentes, também caberá recorrer ao hierárquico – caso se entenda haver hierarquia entre lei federal e municipal – ou, ao menos, verificar eventual inconstitucionalidade decorrente da invasão, pelo legislador ordinário federal, de matéria reservada a lei municipal (SILVA, 2010).

Tendo em vista que o desenvolvimento urbano e a proteção estética das cidades são aspectos a serem analisados com a devida cautela, o recorte metodológico deste trabalho se resume a analisar os impactos da Lei de Liberdade Econômica na atividade fiscalizatória do município de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte.

Nesse diapasão, empregar-se-á metodologia preconizada pela dogmática jurídica, tomando-se por base uma perspectiva normativista do Direito, mas que reconhece a importância dos princípios jurídicos no sistema de Direito Positivo.

Apresentando os aspectos considerados mais relevantes do estudo elaborado, procurar-se-á responder, de forma concisa, os questionamentos levantados acima e identificar as principais mudanças trazidas pela novel legislação no que se refere à atividade fiscalizatória dos Municípios (alvarás de licenciamento publicitário), de forma a identificar a existência de eventuais contradições, na tentativa de auxiliar a gestão pública municipal a convergir estes interesses colidentes, fim precípua de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CR).

Considerando-se os custos de transação como sendo uma das espécies de falhas de mercado, ainda que entendidos como um subproduto de outros vícios de mercado existentes, torna-se imprescindível para o estudo do Direito, e aqui mais especificamente para a compreensão do contexto ao qual se insere a Lei de Liberdade Econômica, que se tenha a adequada compreensão da sua existência, do seu alcance e das consequências dessa inegável realidade, vez que se encontra presente em quase todos os contextos de negociação e intercâmbio que se estabelecem entre os indivíduos e agentes econômicos de modo geral.

Num segundo plano, portanto, deve-se observar se a atual regulação da publicidade e propaganda no município de Natal tem prejudicado o funcionamento do sistema de mercado, elevado os custos de transação, tornando menos eficientes do ponto de vista econômico, ou inviabilizando o exercício da atividade econômica local, de forma a se configurar em abuso de poder regulatório, previsto no artigo 4º da Lei de liberdade econômica.

2 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E O CONFLITO APARENTE DE NORMAS EM MATÉRIA DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Na modernidade, o poder absoluto do rei moldava o Estado concentrando as atividades legislativas, executivas e judiciárias. Aos indivíduos restava a submissão e obediência a um poder não controlado.

Rompendo social e politicamente com o absolutismo, que barrava o progresso político e econômica da burguesia nascente e solapava as camadas mais carentes da sociedade, implantou-se o Estado Liberal, que resultou na construção de uma nova ordem jurídica.

Com o liberalismo exsurgiu o Estado de Direito e as primeiras Constituições, quais sejam, a francesa e a norte-americana. O constitucionalismo iniciou-se, assim, na limitação do poder político e sua legitimação com a finalidade de garantir as liberdades individuais (CANOTILHO, 2003).

As Constituições têm por finalidade conservar as conquistas incorporadas e avançar na direção de valores e bens jurídicos ainda não alcançados. Assim, Canotilho (2003) afirma que o Estado Democrático de Direitos se baseia na separação dos poderes e no ideal comum de subordinação do poder estatal à vontade dos cidadãos por meio de um documento escrito, no qual é declarado os limites do poder político e os direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação do Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2018).

A partir desses direitos, ditos de liberdade contra o Estado, outros direitos foram sendo criados, de modo que o Estado passou a ter não só a obrigação de não intervir sobre os cidadãos, como também de atuar para o desenvolvimento pessoal e coletivo da sociedade.

De acordo com a perspectiva desenvolvimentista de Amartya Sen (2000), a contemporânea concepção constitucional de desenvolvimento supera questões restritas ao crescimento econômico. Para ele, a prosperidade de uma nação implica na transformação das estruturas sociais, econômicas e institucionais. Com efeito, pouco serviria ter garantido uma série de direitos fundamentais se não existisse uma rede de instituições para tutelar seu efetivo exercício.

Nesse mesmo sentido Dimoulis e Martins (*Apud* Schimitt, 2018) ressaltam que a garantia de direitos é de responsabilidade de diferentes instituições, públicas e privadas, que atuam de acordo com suas competências, tais como, aparato eleitoral, tribunais, a própria Administração Pública, como também a família, a propriedade, a livre iniciativa.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º, registra que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se constitui por um Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Constituição Federal, art. 1º, IV).

Uma das faces da livre iniciativa é a liberdade econômica prevista no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, a qual independentemente de autorização de órgãos públicos visa assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei (GRAU, 2010).

Como se sabe, a Constituição é composta, em sua grande parte, por normas do tipo princípios jurídicos. No que tange a disciplina econômica, seu artigo 170, registrou-se que a Ordem Econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa em conformidade com os ditames da justiça social, tendo por finalidade assegurar uma existência digna pautado em princípios como o respeito à propriedade privada e livre concorrência.

A efetividade do princípio da livre concorrência é objeto da Lei n. 12.529/2011. Por sua vez o princípio da propriedade privada está consagrado no art. 5º, caput e XXII, da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, sendo um dos principais objetos do Código Civil, que é considerado o mais amplo direito real, integrando as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem injustamente a detenha (direito de sequela).

Porém, há princípios contidos no art. 170 que, ainda hoje, não foram objeto de efetividade por meio de normas de direito positivo. Sendo regulamentado, inicialmente, quando da edição da Medida Provisória que deu origem à Lei Federal n.º 13.874, de 30 de abril de 2019, a livre iniciativa era um dos direitos fundamentais que não dispunham de concretude no plano legal.

É cediço que por diversas situações cotidianas da vida os princípios jurídicos colidem, gerando uma dificuldade ao intérprete com relação a qual direito deve prevalecer no caso concreto, o que contribui para uma crescente judicialização de direitos tidos como fundamentais.

Nesses casos, o Judiciário precisa identificar qual desses princípios possuem maior “peso” no caso particular, de forma que tem sido amplamente realizado no Brasil, pela doutrina e pelo

Poder Judiciário, a técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade, com base na teoria do jurista alemão Robert Alexy (2015), como meio de solucionar problemas de colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios.

Sob esta ótica, quanto mais esses princípios tenham sido positivados, sendo objeto de concreitude legal, maior será a probabilidade de sua prevalência na escala de peso do julgador, que intuitivamente ou discursivamente irá atribuir importância, pertinência e valor ao correspondente princípio.

Entretanto, consta que a aplicação da teoria desenvolvida por Alexy (2015) passou a carecer de maior rigor científico para não servir a meros subjetivismos do intérprete. Uma vez que um princípio passa a se concretizar por meio de norma no direito positivo, naturalmente influenciará o sopesamento destinado a superar o conflito entre os princípios. O que reduz a possibilidade de os julgadores se utilizarem do princípio da proporcionalidade para justificar uma escolha pessoal, sem a demonstração do raciocínio aplicado.

A experiência brasileira é abundante em casos como estes, inclusive no sentido de estabelecer normas que impõem custos de transação absolutamente desnecessários aos setores econômicos dos mais diversos ramos.

A título de exemplo podemos citar a tese com repercussão geral 967 do Supremo Tribunal Federal – STF, fixou o entendimento de que lei municipal que proíba ou restrinja a atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, uma vez que viola os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

No caso, a Câmara Municipal de São Paulo interpôs o recurso extraordinário 1054110⁷¹, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que declarou a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 16.279/2015, sob o fundamento de que o serviço de transporte individual de passageiros tem natureza pública, o que pressupõe autorização do Poder Público sob pena de resultar em injusta competição com os serviços oferecidos por taxistas.

No caso em exame o relator, Ministro Luís Roberto Barroso registrou que o princípio da livre iniciativa não tem caráter absoluto, pois a ordem econômica constitucional é igualmente orientada por outros princípios que legitimam intervenções estatais na economia para correção de falhas de mercado e tutelar direitos dos consumidores. Ao sopesar a intensidade conferida, de um lado, ao princípio da livre iniciativa e, de outro lado, aos princípios de proteção ao consumidor e

⁷¹ STF, Tribunal Pleno, RE 1054110, relator Min. Roberto Barroso, DJe. 05-09-2019.

de repressão à concorrência abusiva, o Ministro relator entendeu que, salvo sob fundamento Constitucional, uma lei municipal não pode arbitrariamente retirar a liberdade de empreender das pessoas.

Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica vem sendo bastante festejada, sob a expectativa de que possa garantir maior liberdade aos agentes econômicos. Entretanto, o que se observa é que a mencionada Lei não enfrentou os problemas concretos de modo específico, ao invés disso, utilizou-se de conceitos gerais em abundância, conduzindo o intérprete a criar regras jamais imaginadas pelo legislador e, por consequência, aumentando o ambiente de insegurança jurídica.

Analisando a problemática do presente estudo de forma sistemática, temos que o inciso I, do art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, a fim de assegurar a livre iniciativa, qualifica como abuso do poder regulatório “*criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes*”. Por sua vez, o inciso V, do art. 4º, também caracteriza como abuso de poder regulatório “*aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios*”.

Vale o registro de que tais normas já estavam previstas na lei de processo administrativo federal, Lei Federal n.º 9.784/99, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, ao exigir a “*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”.

Ainda tratando das Garantias de Livre Iniciativa, especificamente no inciso VIII, do Art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, chegamos a norma objeto de estudo do presente trabalho, que estabeleceu ser dever da Administração Pública evitar o abuso do poder regulatório que, indevidamente, resulte na restrição do uso e o exercício da publicidade e da propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; isto é, as limitações que não estejam amparadas em casos expressamente estabelecidos pela legislação federal.

Ademais, importante considerar que o Direito, ao conformar as instituições, entre elas inclusive as estruturas dos mercados, pode aumentar ou mesmo reduzir os custos de transação, evidenciando que o Direito é fundamental para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a Lei da Liberdade Econômica vai justamente no sentido da busca da melhoria do ambiente de negócios, sobretudo por meio da redução dos custos de transação.

Exatamente nessa linha é que o dever imposto a administração pública, de se evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; isto é, as limitações que não estejam amparadas em casos expressamente estabelecidos pela legislação federal.

Nesse quesito se faz imperioso evidenciar que a abordagem do tema exige a fixação de premissa teórica à conceituação e diferenciação dos termos “publicidade” e “propaganda”.

O Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, entidade responsável por assegurar o emprego de boas práticas comerciais entre anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, entende que tal classificação não seja relevante, considerando que tanto publicidade como propaganda objetivam difundir ideias, porém na primeira está presente com maior acuidade a intenção de convencer ou estimular o destinatário da mensagem.

A Lei de Propaganda – Lei Federal n.º 4.680/1965 – é o diploma mais relevante para esta atividade, resultante de demandas dos agentes do referido setor, principalmente a partir das conclusões alcançadas durante o I Congresso Brasileiro de Propaganda. Em termos específicos, a norma define propaganda utilizando-se de alguns aspectos inerentes ao gênero a que esta pertence, ou seja, publicidade.

Dispõe a lei em seu artigo 5º, que a propaganda “*compreende-se qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado*”. Quanto à definição de publicidade, conforme se lê no art. 8º do mesmo Código, consiste em “*toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias*”.

Apesar de serem conceitos distintos, cuja diferenciação é facilmente perceptível quando sob análise a etimologia das palavras, latente é, em ambas definições, a necessidade de levar ao conhecimento do consumidor algo que atenda aos interesses dos anunciantes, pois, em que pesem estes figurem em segundo plano, é impossível considerar a publicidade sem ter em mente os consumidores.

Não é diferente o que dispõe a doutrina especializada no assunto ao conceituar publicidade de acordo com os ditames do meio publicitário (SANT'ANNA, 1998, p.76):

Uma técnica de comunicação de massa, paga com a finalidade precípua de fornecer informações, desenvolver atitudes e provocar ações benéficas para os anunciantes, geralmente para vender produtos ou serviços.

Em face das definições expostas, infere-se que a norma contida no inciso VIII, do Art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, em verdade, trata de dois temas no qual o controle de da de formas completamente diferente.

A propaganda, como uma técnica de comunicação de massa, é basicamente controlada sob o aspecto de seu conteúdo, de forma que não resultem no desrespeito de valores éticos da pessoa, da sociedade, nem que envolvam produtos que possam causar danos à saúde ou ao meio ambiente, de forma geral.

Norma constitucional que merece referência e reflete importante conquista do Estado democrático de direito é aquela contida no inciso IV de seu art. 5º: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Isto é, censura só é aceitável se estiverem contrapostos outros direitos fundamentais. Assim, compulsando o texto constitucional, são encontradas diversas restrições a propagandas, como aquelas que desrespeitam valores éticos da pessoa (art. 220, 3º e art. 221, IV) e as que envolvam produtos danosos à saúde ou ao meio ambiente. Esse é o teor do § 4º do artigo 220 da CF, o qual se transcreve:

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Por outro lado, o controle da propagação de informações, principalmente quando se dá por meio de cartazes, banners, folhetos etc. é matéria que encontra guarida constitucional no Princípio da Proteção Ambiental, disposto no art. 225 da Carta Magna, como parâmetro de interpretação principiológica do regime de repartição de competências ambientais.

Do mesmo modo, em matéria de distribuição de competências constitucionais urbanísticas a Constituição da República atribui competência exclusiva da União (art. 21, IX e XX), aos Municípios (art. 182) e para os Estados, reconhecendo a todos eles competências concorrentes (art. 24, I), comum (art. 23, IX) e suplementar (art. 30, VIII).

A Constituição alerta para uma situação jurídica peculiar que reveste as competências urbanísticas e ambientais, a saber: deve-se adaptar a tradicional repartição de competências com o *modus operandi* que reveste a proteção cooperada, onde não existe assunto o qual seja do interesse de um ente federativo, e não seja dos demais.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: HIERARQUIA DE NORMAS OU REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS?

Na doutrina jurídica, nenhuma norma deve ser interpretada de forma isolada, mas sempre de forma integrada com outras, de modo a retirar-lhe uma concepção concernente com o todo orgânico que é o ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999).

A ideia deste ordenamento enquanto sistema na qual resta presente uma estrutura composta por elementos racionais e uma lógica que determina o seu funcionamento, que se supõe uma ordenação interior e unidade de sentido, constitui um importante elemento agregado ao estudo da hermenêutica e aplicação do direito (GRAU, 2008).

Nesse sentido, a resolução de conflito aparente de normas no sistema de direito positivo brasileiro deve ter por base, inicialmente, o estudo da estrutura hierárquica das normas jurídicas, a mais importante contribuição de Kelsen à ciência jurídica, que tanto influenciou o pensamento jurídico ocidental, principalmente após a segunda guerra mundial (1999). De tal apresentação, surgiu a ideia do “Escalonamento Jurídico de Kelsen”, que tem a Constituição em seu topo, constituindo o fundamento de validade das demais normas jurídicas.

Com o silogismo conhecido por “pirâmide de Kelsen”, uma vez que as normas jurídicas inferiores retiram o fundamento de validade das normas superiores, o sistema jurídico passa a funcionar com a Constituição sendo o fundamento de validade de todas as normas, de modo que as denominadas infraconstitucionais não podem se opor à Constituição (KELSEN, 1999).

Em outras palavras, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Neste sentido, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Esta norma superior confere à personalidade legiferante “autoridade” para estatuir normas. O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, ou seja, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas.

Convém anotar que a Constituição Federal legitima a intervenção do Estado, tanto no domínio econômico como no domínio social, para a efetivação das metas constitucionais de justiça

social mediante a formulação e execução de políticas públicas (FRANÇA, 2009; e FRANÇA, 2014).

A Constituição Federal é quem positiva os valores que devem ser considerados com os mais fundamentais do ordenamento jurídico vigente no Brasil, a serem obrigatoriamente levados em consideração da interpretação e aplicação das normas e modelos jurídicos (REALE, 1999).

A identificação do poder habilitado para editar a norma jurídica, assim como do procedimento a ser empregado ao exercê-lo, passa necessariamente na compreensão das fontes do Direito. São elas que viabilizam a existência dos modelos jurídicos que, por sua vez, compõem o ordenamento jurídico (REALE, 1999). Entenda-se por modelo jurídico “*a estrutura normativa de atos e fatos pertinentes unitariamente a dado campo da experiência social, prescrevendo a atualização racional e garantida dos valores que lhes são próprios*” (REALE, 1999, p. 48).

Recorde-se que cabe à Constituição instituir o Estado e as relações entre este e as pessoas (BONAVIDES, 2002). O sistema de governo, a forma de Estado, a forma de governo, a organização dos poderes, os direitos fundamentais, enfim, todos os modelos jurídicos fundamentais e estruturantes de todo o ordenamento jurídico (REALE, 1999).

Para Kelsen (1999), as espécies normativas primárias são as que integram o processo legislativo constitucional, ou seja, as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções⁷².

Uma vez que a Constituição Federal é o fundamento de validade de todas as demais normas, há de se reconhecer a relação de hierarquia entre ela e as constituições dos estados membros, bem como entre as constituições estaduais e as leis orgânicas dos Municípios que compõem determinado estado.

Nesse interim, a distinção entre as espécies normativas é fixada pela Constituição mediante a reserva de matérias, não havendo que se falar em hierarquia entre cada uma das espécies normativas citadas. Ademais, por força do princípio da simetria constitucional, também se infere que não existe hierarquia entre as normas oriundas de diferentes entes da federação brasileira.

⁷² Kelsen ainda faz a diferenciação entre lei e decreto. Ele os considera como subdivisões do escalão da produção de normas gerais. Em regra, as leis são produzidas por um parlamento, porém a Constituição permite que em certos casos excepcionais o governo ou determinado órgão administrativo editem normas gerais. Estas normas que não são oriundas do parlamento são denominadas de decretos, que ainda podem ser regulamentares ou decretos-leis. Juntamente com as leis, os costumes e os decretos, as jurisprudências compõem o patamar das normas gerais da pirâmide kelseniana.

4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS EM MATERIA DE ORDENAÇÃO DA PAISAGEM URBANA

Uma vez reconhecida a autonomia política que os entes federados possuem no exercício de suas competências legislativas constitucionais, não havendo que se falar superioridade de lei federal em face da lei estadual ou municipal, passamos ao estudo do caso de conflito entre normas que envolvam interesses urbanísticos, e sua prevalência, num contexto de regras de competência fixadas pelo texto constitucional.

Em se tratando do domínio de vigência de uma norma, Kelsen afirma este é elemento de seu conteúdo, e que este conteúdo pode ser predeterminado até certo ponto por uma norma superior. Já o domínio pessoal de validade de uma norma, segundo este jurista, refere-se ao elemento pessoal da conduta fixada pela norma. Este domínio de validade pode ser limitado ou ilimitado (1999).

Sob o ponto de vista dogmático, as normas urbanísticas, por serem de direito público, são compulsórias, cogente, e de um modo específico, são de direito público, mais precisamente porque regulam (regram, normatizam, impõem modo de agir) uma função pública – que é a atividade urbanística do Poder Público conformando, por outro lado, a conduta e as propriedades dos particulares a seus ditames (SILVA, 2010).

A Constituição Federal emprega as expressões: (a) “planos nacional e regionais de ordenação do território”, para a União (art. 21, IX); (b) “plano diretor”, para os Municípios (art. 182). Não menciona planos urbanísticos para os Estados, embora reconheça a eles competência (concorrente) em direito urbanístico (art. 24,1).

Assim, o fundamento constitucional para elaborar executar o plano urbanístico nacional está no já citado art. 21, IX, onde se confere à União a competência para elaborar e executar o plano nacional de ordenação territorial, assim como o plano nacional de desenvolvimento econômico e social (também art. 174; Estatuto da Cidade, art. 4, a, I). Surge a questão de saber se ele deve constituir um plano específico de urbanismo, ou se se apresentará como parte do plano nacional de desenvolvimento econômico e social.

O plano urbanístico nacional constitui o conjunto de diretrizes gerais destinadas a instrumentalizar a política nacional do desenvolvimento urbano, ou conjunto coerente de medidas

destinadas a estabelecer a orientação geral da ordenação territorial do país em função do bem-estar da população.

O conteúdo de um plano urbanístico nacional, como de qual quer outro, não pode ser fixado a priori. Há de decorrer de diagnóstico do sistema urbano brasileiro no momento da elaboração do plano e das perspectivas que se apresentam ao planejador. Assim mesmo é possível cogitar do conteúdo de um plano urbanístico nacional, que, no mínimo, DEVE compreender: (1) o diagnóstico básico; (2) a estratégia geral; (3) a estratégia específica; (4) relatórios e mapas (SILVA, 2010).

Por outro lado, a Constituição Federal prevê a competência da União para elaborar e executar planos regionais de ordenação territorial (artigo 21, IX). Aí se acha, pois, o fundamento constitucional para o estabelecimento e a execução do que temos chamado de “planos urbanísticos macrorregionais”, porquanto são planos supraestaduais, abrangentes, em regra, de área geográfica correspondente a uma região geoeconômica, sob controle de uma superintendência de planejamento regional — SUDENE (extinta), SUDAM, SUDESUL ou SUDECO. O Plano urbanístico macrorregional é o instrumento do processo de ordenação territorial destinado a orientar a ocupação urbana do solo no nível das macrorregiões (SILVA, 2010).

Nesse interim, há aspectos setoriais em que a atuação da União é mais concreta, porque se trata de matéria de sua alçada, como é exemplo sua competência – expressamente estabelecida na Constituição Federal – para estabelecer o plano nacional de viação e para estabelecer e executar planos nacionais de saúde, no que se incluem planos de defesa do meio ambiente.

Os planos de preservação ambiental podem (e devem) ser estabelecidos pela União, inserindo-se, assim, na qualificação de planos urbanísticos setoriais federais. A primeira preocupação sistematizada, planejada, nesse sentido constituiu as diretrizes incluídas no Capítulo IX do II PND, como um aspecto da política do desenvolvimento urbano.

A partir daí tomaram-se várias providências legislativas e administrativas visando à proteção ambiental, especialmente pela instituição da política nacional de meio ambiente e do sistema nacional do meio ambiente pela Lei 6.938/1981, e a produção de ampla legislação especial de proteção ambiental, federal, estadual e municipal.

Por sua vez, o Estatuto da Cidade é mais completo, pois prevê entre os instrumentos da política urbana: (a) planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (b) planos estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (c) planos metropolitanos; (d) plano diretor municipal. Mas o Estatuto nada

mais estabelece sobre os planos urbanísticos nacionais, regionais ou metropolitano. Só cuida do planejamento e do plano diretor municipal.

Entretanto, talvez por não ter atentado para essa natureza pública das normas urbanísticas é que o legislador do Estatuto da Cidade declarou que são “*normas de ordem pública e de interesse social*”.

Em essência, revela o objeto dos planos, e até se pode dizer que se harmoniza com a expressão “política de desenvolvimento urbano”, que se acha no art. 182 da CF/88. Mas é certo que ela não caracteriza com a devida precisão a qualificação urbanística dos planos. Mas, se todos são instrumentos de ordenação do território, nisso se manifesta seu sentido urbanístico (MEIRELLES, 2008).

A denominação que vimos empregando já denuncia nossa posição: “plano urbanístico nacional” - que revela tratar-se de plano que visa a aplicar nacionalmente os princípios do urbanismo, com o objetivo de definir a orientação geral da organização urbana do território nacional (SILVA, 2010).

As leis orgânicas dos Municípios conferem competência a estes para regulamentar, autorizar e fiscalizar a afixação de cartazes e anúncios, bem como a utilização de quaisquer outros meios de publicidade e propaganda nos locais sujeitos ao poder de polícia municipal. Mesmo quando a lei orgânica não o faça, essa competência é municipal, por força do art. 30, I, da CF de 1988, por se tratar de assunto de interesse local.

Cabe ao Município a proteção estética da cidade, e para tanto pode e deve policiar a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores. A publicidade urbana, abrangendo os painéis e letreiros expostos ao público sob qualquer modalidade, é assunto de peculiar interesse do Município, e, como tal, fica sujeita à regulamentação e autorização da Prefeitura. A ação cominatória é adequada para o Poder Público compelir o particular a desfazer painel de propaganda afixado sem autorização municipal, ainda que localizado na propriedade privada.

Nesse contexto, quando os interesses em jogo se referem a regulação urbanística e uma vez reconhecida a inexistência de hierarquia entre as normas oriundas de diferentes entes da federação brasileira, inferimos que a problemática deve ser dirimida com um estudo sistemático da repartição de competências constitucionais nos moldes estabelecidos pela CF/1988. Assim, ante um eventual conflito, a lei que prevalecerá será aquela oriunda do ente federado competente para o tratamento da matéria.

5 ORDENAÇÃO DA PAISAGEM URBANA NO MUNICÍPIO DE NATAL/RN

No Município de Natal/RN, a ordenação do mobiliário urbano paisagístico é justamente aquela que mais tem recebido regulamentação jurídica.

O desenvolvimento desordenado de anúncios de publicidade na paisagem urbana ocasiona evidentes prejuízos à estética da cidade e à segurança dos munícipes, e realçam a conveniência de assegurar a disposição equilibrada dos anúncios, em harmonia com as mensagens transmitidas e, como se trata também de problema técnico, o terceiro considerando justifica a necessidade da criação de um órgão permanente com atribuições especiais à constante atualização da legislação específica, em harmonia com as novas exigências técnicas e a realidade prática (MEIRELLES, 2008).

Em matéria urbanística no âmbito do município de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte, criou-se o Conselho de Planejamento Urbano do Município de Natal – CONPLAN, instituído pelo Decreto n.º 1.335/1973, que integra a Secretaria Municipal de Planejamento e Coordenação Geral.

O CONPLAM, em conjunto com a Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano (SEMURB) do Município, basicamente se destinam a ordenar a estética da cidade, o que revela preocupação que há muito não se encontrava na cogitação do Poder Público, que historicamente tem cuidado da regulamentação de anúncios mais preocupado com sua renda tributária, por meio da cobrança das taxas de licença, que com o aspecto urbanístico.

Por meio da Lei n.º 3.175/1984, foram definidas as atribuições e a composição atual do Conselho. O atual regimento interno do CONPLAM foi instituído pelo Decreto 3.075/1985. Já a denominação do Conselho Municipal de Planejamento e Meio Ambiente – CONPLAM foi alterada pela Lei Orgânica do Município, promulgada em 03 de abril de 1990. Por fim, deve-se registrar que com a promulgação do Código do Meio Ambiente do município, Lei n.º 4.100/92, as atribuições do Conselho foram ampliadas.

Nesse sentido, no âmbito do Município de Natal/RN, vigora até os dias atuais o Decreto Municipal n.º 4.621/1992, que impõe limites e regulamenta as formas de publicidade ao ar livre, dispondo acerca dos elementos que compõem a paisagem urbana, visando ao atendimento do

interesse público, em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana e as necessidades locais de conforto ambiental, com a melhoria da qualidade da vida urbana, assegurando, entre outros, o bem-estar estético, cultural e ambiental da população; a percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem; preservação da memória cultural etc. Tal Decreto se dedica especialmente à ordenação dos anúncios.

Por outro lado, a eficácia na manutenção e preservação da cidade em condições de limpeza é instituído pelo Código Municipal de Meio Ambiente (Lei nº 4.100/1992) e, em alguns casos, pela Lei nº 4.748/1996, que regulamenta a limpeza urbana no município.

Ademais, todo e qualquer agente econômico que queira divulgar seus produtos ou serviços aos consumidores devem recolher a taxa de licença para publicidade municipal. De modo que é de competência da Prefeitura do Município de Natal, através da SEMURB, orientar, fiscalizar e licenciar os anúncios de publicidade.

A partir da publicação do Decreto nº 4.621/1992, a exploração e utilização de anúncios ao ar livre por meios tais como placas, faixas tabuletas, muros, fachadas e similares, inclusive mobiliário urbano, a partir desta data passa a ser disciplinada pelo presente decreto (art. 1º), de forma que todos os meios de publicidade devem estar previamente cadastrados em sistema particular do Município, denominado de IPLANAT (art. 2º), para serem veiculáveis.

Para o Decreto (art. 4º e seguintes), anúncio é qualquer mensagem ou comunicação visual presente na paisagem urbana do município, em locais públicos ou privados, desde que visível do logradouro público. Dessa forma, os anúncios são classificados em indicativos, identificadores, propagandísticos, mistos e cooperativos.

Quanto à luminosidade, os anúncios são classificados como luminosos, iluminados e não-luminosos. Para o referido Decreto, são luminosos os anúncios cuja mensagem é obtida por meio de emissão de luz oriunda de dispositivo luminoso próprio; iluminados, os meios cuja visibilidade de mensagem é reforçada por dispositivo luminoso externo e; não-luminosos os anúncios cujos meios de mensagem não possuem dispositivos de iluminação.

No que diz respeito as bases de anúncios, o Decreto prevê, restritivamente, que eles podem ser sustentados por meio de bases pré-existentes, como muros, fachadas, tapumes, toldos e em mobiliário urbano em geral. Da mesma forma, o Decreto já previa que os anúncios poderiam ser exibidos através de engenhos como cartaz mural ou *outdoor*, tabuleta, projetores, amplificadores,

provisórios ou engenhos especiais, dos quais têm a propensão de causar riscos à segurança da população, ou que apresentem, pelo menos, uma das características listadas no art. 31 do Decreto.

Os anúncios podem ser submetidos a restrições de várias ordens, tanto em relação a zona de uso, como quanto ao local de sua exposição, relativamente a imóvel edificado ou a imóvel não-edificado. Disso decorrem os conceitos de quota de anúncio, recuo de anúncio, área de exposição do anúncio, visibilidade do anúncio, altura do anúncio etc.

Em geral, as restrições e regulamentações variam de acordo com as peculiaridades de cada cidade. Mas, em geral, são proibidos anúncios, em qualquer zona, nos seguintes casos: (a) ao longo das vias de tráfego de elevado nível (vias expressas); (b) nos monumentos públicos e em suas proximidades, de modo a não prejudicar sua visibilidade (dos monumentos); (c) nos bens e locais tombados e em suas proximidades, de modo a não prejudicar sua visibilidade; (d) nas pontes, viadutos, passarelas; (e) sobre as árvores de vias públicas; (f) sobre postes, torres ou qualquer estrutura destinada a suportar as redes aéreas dos meios de comunicação e de energia elétrica; (g) em qualquer parte dos cemitérios; (h) nas proximidades de semáforos, sempre que possam confundir sua visão ou interpretação (SILVA, 2010).

No que diz respeito as restrições no Município de Natal/RN, estas podem chegar à proibição de anúncios em determinadas zonas de uso, em determinados locais, logradouros, objetos e outros descritos no art. 40 do Decreto em comento.

Por tudo isso é que a colocação de anúncios na paisagem urbana fica sujeita ao controle da Prefeitura, que disciplina os limites de sua exploração e utilização, sua forma de apresentação, sua dimensão, sua posição (quota, recuo, altura etc.), exigindo-se que OS projetos sejam previamente aprovados pela SEMURB, e sua exploração ou utilização dependentes de prévia autorização municipal.

Os elementos de sinalização urbana, que não devem ser confundidos com anúncios indicativos, são constituídos de: (a) sinalização de trânsito; (b) nomenclatura de logradouros públicos; (c) numeração de edificações; (d) informações cartográficas da cidade. A sinalização de trânsito classifica-se em sinalização de advertência, sinalização indicativa e sinalização de regulamentação (SILVA, 2010).

Nos termos do art. 49, do Decreto em estudo, a inserção de publicidade no espaço urbano só será admitida quando reverter em efetivo benefício à comunidade, cabendo ao CONPLAM fixar

normas técnicas (publicadas em forma de resolução) para a exploração e utilização de anúncios ao ar livre, por meio de placas, faixas, tabuletas e similares (art. 50).

A poluição visual, nos termos da regulação da paisagem urbana, é conceituada no art. 48, do Código Municipal de Meio Ambiente (Lei nº 4.100/1992), como a alteração adversa dos recursos paisagísticos e cênicos do meio urbano e da qualidade de vida de sua população, mediante o uso abusivo ou desordenado de meios visuais.

Já a Lei nº 4.748, de 30 de abril de 1996, que regulamenta a limpeza urbana do município de Natal, em seu art. 50 e incisos, estabelece que constituem atos lesivos à conservação de limpeza urbana, por exemplo, distribuir manualmente em logradouros públicos, edifícios comerciais e similares, papéis, volantes, panfletos, comunicados, avisos, anúncios, reclames e impressos de qualquer natureza, bem como afixar publicidade ou propaganda de qualquer natureza divulgada em tecido, plástico, papel ou similares; em postes, árvores de áreas e logradouros públicos em geral, mesmo quando propriedade privadas, mesmo que favorecidas pela publicidade ou propaganda, exceto as autorizadas pelas lei e regulamentos vigentes.

Nos termos do parágrafo único, do mesmo art. 50, a inobservância de tais normas sujeita os agentes economicos e seus mandantes a cominação das sanções previstas nos artigos 69 a 78 do mesmo código, de forma que, além de advertências e multas previstas, o município pode cominar penas que resultam na interdição de equipamentos até a suspensão ou cancelamento de registro de fabricantes instalados e conservadores e seus equipamentos.

Nesse interim, toda a propaganda e publicidade levada a efeito no Município de Natal/RN, por quaisquer instrumentos de divulgação ou comunicação, inclusive as que contiverem apenas dizeres, desenhos, siglas, dísticos ou logotipos indicativos ou representativos de nomes, produtos, locais ou atividades, mesmo aqueles fixados em veículos, estão sujeitas à prévia licença da Prefeitura e ao pagamento antecipado da Taxa de Licença de Publicidade.

Nesse sentido, uma das hipóteses suscitadas, sobretudo com base na Análise Econômica do Direito, é que quanto mais elevados são os custos de transação, mais difícil é empreender, seja para produzir ou mesmo ofertar serviços, comprometendo, assim, a performance econômica local.

O que se observou, de fato, é um excesso de burocracia e regulação no âmbito do Município de Natal/RN, que representam altos custos para se empreender e se fazer circular riquezas, engessando a economia e mesmo constituindo desestímulo para o empreendedor local. O que se

requer, indiscutivelmente, a promoção de avanços e aperfeiçoamentos no que diz respeito à facilidade para a realização de negócios.

Cada Município ordena esses elementos como melhor lhe parecer e de acordo com a estrutura da cidade e condições financeiras. Com efeito, o Município de Natal/RN regulamentou esses elementos marcantes na paisagem urbana por meio de um ato normativo (decreto) que vigora a mais de vinte anos, influenciando consideravelmente na estética e desenvolvimento econômico da capital potiguar.

O direito pode servir para, entre outros objetivos, facilitar e promover o funcionamento do sistema de mercado, corrigindo as denominadas falhas de mercado e, entre elas, os indigitados custos de transação.

Entretanto, a partir da análise das legislações que compõe a ordenação paisagística do Município de Natal/RN, percebe-se que os elevados custos de transação observados no Município prejudicam o funcionamento do sistema de mercado, tornando o mercado local menos eficiente do ponto de vista econômico, seja reduzindo os excedentes econômicos, seja mesmo, na margem, inviabilizando o exercício de algumas atividades econômicas que queiram divulgar seus produtos e serviços aos consumidores.

Sem a admissão e ponderação dos custos de transação que são criados pelo abuso do poder regulatório torna-se improvável ou até mesmo impossível fomentar a iniciativa privada. Portanto, a baixa eficiência econômica atualmente experimentada no mercado local poderia, pelo menos em boa medida, ser explicada pelos elevados custos de transação observados.

Tal conclusão também se insere na compreensão de que o sistema regulatório pode conformar mecanismos de incentivos responsáveis por estimular ou até mesmo desestimular o empreendedorismo, a produção de bens, a prestação de serviços e a realização de transações econômicas e consequentemente o crescimento e o desenvolvimento econômico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por finalidade analisar as principais mudanças trazidas pela Lei de Liberdade Econômica e seus impactos na atividade fiscalizatória do município de Natal/RN em matéria de publicidade e propaganda.

Buscou-se, principalmente, examinar se haveria antinomia nas legislações confrontadas e se a administração pública municipal estaria incorrendo em abuso do poder regulatório de maneira a restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico.

A pesquisa foi desenvolvida sob uma metodologia preconizada pela dogmática jurídica, tomando-se por base uma perspectiva normativista do Direito, mas que reconhece a importância dos princípios jurídicos no sistema de Direito Positivo.

Nesse contexto, a título de considerações finais e procurando responder, de forma concisa, os questionamentos levantados, alguns aspectos mais relevantes do estudo elaborado merecem ser destacados.

Inicialmente, se fez importante considerar que o Direito, ao conformar as instituições, entre elas inclusive as estruturas dos mercados, pode aumentar ou mesmo reduzir os custos de transação, evidenciando que o Direito é fundamental para o desenvolvimento econômico. Assim, a Lei da Liberdade Econômica vem sendo fundamental na busca de melhoria do ambiente de negócios, sobretudo por meio da redução dos custos de transação.

Por este lado, a Lei de Liberdade Econômica vem sendo bastante festejada sob a expectativa de que possa garantir maior liberdade aos agentes econômicos. Entretanto o que se observou é que a Lei não atacou os problemas concretos de modo específico, ao invés disso, valeu-se de conceitos gerais em abundância, o que pode conduzir o intérprete a criar regras jamais imaginadas pelo legislador, aumentando o ambiente de insegurança jurídica.

O que se requer, indiscutivelmente, é a promoção de avanços e aperfeiçoamentos no que diz respeito à facilidade para a realização de negócios.

Analisando a problemática do presente estudo de forma sistemática, temos que o inciso I, do art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, a fim de assegurar a livre iniciativa, qualifica como abuso do poder regulatório “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes”. Por sua vez, o inciso V, do art. 4º, também caracteriza como abuso de poder regulatório “aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios”.

Ainda tratando das Garantias de Livre Iniciativa, especificamente no inciso VIII, do Art. 4º, da Lei de Liberdade Econômica, chegamos a norma objeto de estudo do presente trabalho, que estabeleceu ser dever da administração pública evitar o abuso do poder regulatório que, indevidamente, resulte na restrição do uso e o exercício da publicidade e da propaganda sobre um

setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; isto é, as limitações que não estejam amparadas em casos expressamente estabelecidos pela legislação federal.

Uma vez reconhecida a autonomia política que os entes federados possuem no exercício de suas competências legislativas constitucionais, não havendo que se falar superioridade de lei federal em face da lei estadual ou municipal, passamos ao estudo do caso de conflito entre normas que envolvam interesses urbanísticos, e sua prevalência, num contexto de regras de competência fixadas pelo texto constitucional.

Conforme visto, quando os interesses em jogo se referem a regulação urbanística a problemática deve ser dirimida com um estudo sistemático da repartição de competências constitucionais nos moldes estabelecidos pela CF/1988. Assim, ante um eventual conflito, a lei que prevalecerá será aquela oriunda do ente federado competente para o tratamento da matéria.

Nesse sentido, cabe ao Município a proteção estética da cidade, e para tanto pode e deve policiar a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores. A publicidade urbana, abrangendo os painéis e letreiros expostos ao público sob qualquer modalidade, é assunto de peculiar interesse do Município, e, como tal, fica sujeita à regulamentação e autorização da Prefeitura. A ação cominatória é adequada para o Poder Público compelir o particular a desfazer painel de propaganda afixado sem autorização municipal, ainda que localizado na propriedade privada.

Com efeito, o Município de Natal/RN regulamentou esses elementos marcantes na paisagem urbana por meio de um ato normativo (decreto) que vigora a mais de vinte anos, influenciando consideravelmente na estética e desenvolvimento econômico da capital potiguar.

A partir da análise das legislações que compõe a ordenação paisagística do Município de Natal/RN, percebe-se que os elevados custos de transação observados no Município prejudicam o funcionamento do sistema de mercado, tornando o mercado local menos eficiente do ponto de vista econômico, seja reduzindo os excedentes econômicos, seja mesmo, na margem, inviabilizando o exercício de algumas atividades econômicas que queiram divulgar seus produtos e serviços aos consumidores.

Portanto, a baixa eficiência econômica atualmente experimentada no mercado local poderia, pelo menos em boa medida, ser explicada pelos elevados custos de transação observados.

Por fim, consideramos que o produto final deste trabalho é um estudo regional acerca da temática que servirá para a academia, para os gestores públicos e para os empreendedores locais identificarem se o Município estaria exorbitando de suas atribuições.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 2006. [reimpressão]
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra. Almedina, 2011.
- DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Edição. São Paulo/SP: Malheiros, 2014.
- DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. São Paulo, Malheiros Editores, 1992.
- DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- ELALI, André. **Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo/SP: MP, 2007.
- ELALI, André. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2000.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP**. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/503034>. Acesso em: 20 mar. 2020

FREITAS, Juarez. **Direitos Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª ed; SP, Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2011.

HAYEK, Friedrich A von. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 3ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 1991.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo/SP: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª edição. São Paulo/SP: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, Fabiano. **Agências Reguladoras: a regulação econômica na atual ordem constitucional brasileira**. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2015.

MENDONÇA, Fabiano. **Introdução aos Direitos Plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas**. Natal: 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade**. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas**. Atualização de Wilson Rodrigues Alves. Campinas, Bookseller, 1999, v. 1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo, Edipro, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª edição. São Paulo/SP: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo/SP: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo/SP: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ECONOMIC FREEDOM AND ADVERTISING REGULATION IN THE SCOPE OF THE COUNTY OF NATAL/RN

ABSTRACT

Through a theoretical-descriptive research, with the methodology recommended by legal dogmatics, the present work aims to analyze the main changes brought by the Economic Freedom Law and its impacts on the inspection activity of the municipality of Natal / RN in terms of advertising and advertising. Would there be antinomy in the legislation faced? Is the municipal public administration abusing regulatory power in order to restrict the use and exercise of publicity and propaganda about an economic sector? The final product of this work is a regional study on the theme that will serve for the academy, for public managers and for local entrepreneurs to identify if the Municipality is exorbitant from its attributions.

Keywords: Economic Freedom Act. Regulation. Advertising and marketing. Transaction costs. Abuse of regulatory power.

O ACORDO DE PARIS E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE COMUM, PORÉM DIFERENCIADA

*Maria Clara de Jesus Maniçoba Balduino*⁷³

RESUMO

Com a evolução do contexto internacional de regulamentação climática, a sociedade internacional percebeu que o modelo bipartido de responsabilização adotado até então não refletia a máxima do “princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada”. Nesse contexto, o presente estudo analisa como o Acordo de Paris traz abordagem inovadora a partir da instituição das Contribuições Nacionalmente Determinadas que reflete as circunstâncias nacionais de cada Parte. Utiliza como procedimentos metodológicos a pesquisa exploratória e bibliográfica, com consulta a meio impresso e eletrônico. Ademais, a pesquisa é do tipo qualitativa, a qual visa analisar o aspecto subjetivo do tema, buscando investigá-lo sob um olhar mais crítico. Conclui-se que foi preciso alterar o paradigma tradicional do regime climático internacional para uma efetiva inclusão de todos os membros da sociedade internacional no contexto de mitigação dos efeitos das mudanças do clima.

Palavras-chave: Responsabilidade diferenciada. Mudanças Climáticas. Acordo de Paris

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a sociedade internacional vislumbrou a necessidade de mobilizar-se em prol da proteção ambiental, culminando com a produção de diversos documentos tais como tratados e acordos internacionais direcionados à normatização da proteção do ar, do mar, dos ecossistemas naturais e do uso da terra, pautados sob um viés de sustentabilidade e justiça socioambiental à luz das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, de cada nação.

⁷³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora (CAPES). Advogada. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Técnica em Controle Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC) tratou de dividir o planeta em dois grandes hemisférios, um grupo de países considerados desenvolvidos e que em regra emitem uma maior quantidade de gases poluentes, e os países em desenvolvimento, cujas condições especiais devem ser observadas na implementação das medidas atinentes à Convenção.

No âmbito da CQNUMC, o Acordo de Paris surge com a missão de rearranjar um novo paradigma de governança global para combater os efeitos das mudanças climáticas com o estabelecimento de novas metas de redução de gases de efeito estufa e uma abordagem diferenciada na execução de tais metas, com as denominadas Contribuições Nacionalmente Determinadas.

O Acordo de Paris, trouxe as denominadas “Contribuições Pretendidas Nacionalmente Determinadas” (CNDs) em sua redação, que deverão ser desenvolvidas no âmbito de cada um dos Estados-Partes, cada qual refletindo sua parcela de responsabilidade. Trata-se de uma abordagem diferenciada do modelo de responsabilização bipartido adotado até então, entregando à soberania de cada ente, a incumbência de formular e determinar suas próprias metas à luz de suas capacidades nacionais.

Diante do exposto, o objetivo principal do presente estudo é analisar a nova conjectura de regulamentação internacional rompe com o modelo tradicional bipartite de responsabilização dos Estados-Parte pela emissão de gases de efeito estufa, e passa a considerar a unicidade da comunidade internacional, e responsabilização coletiva à luz do contexto nacional de cada um. Para isso, a discussão dos objetivos específicos considerará o contexto histórico evolutivo da abordagem do princípio da responsabilidade comum porém diferenciada desde a Convenção Quadro das Nações Unidas ao Acordo de Paris; partindo-se à análise da abordagem diferencial *Bottom-Up* assumida pelas Contribuições Nacionalmente Determinadas no âmbito do referido documento; por fim, verificando a aplicabilidade do Acordo de Paris em razão do status (não) vinculativo desses compromissos nacionais assumidos pelas Partes.

A metodologia empregada baseia-se na pesquisa exploratória e bibliográfica em com consulta à doutrina especializada, nacional e estrangeira, onde assunto proposto possui maior exploração acadêmica, tendo em vista que se trata de tema atual cujos elementos encontram-se em constante construção. Ademais, a pesquisa é do tipo qualitativa, a qual visa analisar o aspecto subjetivo do tema, buscando investiga-lo sob um olhar mais crítico.

2 HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO RECONHECIMENTO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS POREM DIFERENCIADAS

O princípio da “responsabilidade comum, porém diferenciada” é princípio basilar do regimento internacional de mudanças climáticas, previsto desde o lançamento da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC). O referido princípio reflete a ideia de “justiça climática”, ao esculpir a o conceito de responsabilidade atrelado à parcela de imputabilidade cabível a cada Estado, tomando por base o nível de emissões, desenvolvimento, capacidade contributiva (tecnológica e socioeconômica) e contexto nacional.

Assim, a CQNUMC previa em sua parte introdutória, a inferência da responsabilidade comum porém diferenciada, em associação com o princípio da equidade intergeracional, ao aduzir que as Partes deveriam proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras da humanidade, tomando por base, cada um, sua parcela de responsabilidade, conforme as respectivas capacidades.

Esse princípio é conjecturado e irradiado aos protocolos e programas seguintes desenvolvidos no âmbito da Convenção, como por exemplo o Protocolo de Quioto, e posteriormente o Acordo de Paris, que carregam o princípio de forma expressa em seu documento.

3 O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE COMUM, PORÉM DIFERENCIADA NA CONVENÇÃO QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD) realizada no Rio de Janeiro em 1992, representou um divisor de águas no que diz respeito à conscientização das nações acerca da fragilidade do ambiente em que vivemos, desenvolvendo-se a ideia de que o ser humano tem direito ao um ambiente sadio, e em equilíbrio com a natureza.

Na Conferência estiveram presentes 178 delegações, inclusive chefes de estado ou de governo, de 115 países. A assinatura da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima abriu margem para o contexto internacional de regulamentação das mudanças climáticas,

tendo entrado em vigor no dia 21 de março de 1994, noventa dias após a data de depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, conforme previa o art. 23.2 da Convenção (NAÇÕES UNIDAS¹, 2020). A Convenção conta hoje com 197 Partes, o que representa uma participação quase universal (EUROPEAN COMMISSION, 2020). O Brasil foi o primeiro país a assinar a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima que foi definitivamente incorporada ao ordenamento jurídico interno, com abrangência em todo território nacional, por meio do Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998 (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE³, 2020)

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (em inglês, *United Nations Framework Convention on Climate Change* ou *UNFCCC*) tem o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência humana perigosa no sistema climático. O documento prevê que esse nível deverá ser alcançado em um prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, assegurando que a produção de alimentos não seja ameaçada e permitindo ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE¹, 2020).

O escopo da Convenção foi estabelecer metas de redução de gases causadores do efeito estufa a partir da divisão dos estados parte em dois grandes blocos, dos países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Desde sua parte introdutória, a Convenção ressalta necessidade de liderança dos países desenvolvidos na trajetória de mitigação dos efeitos do clima, apontando que essa responsabilidade lhes é cabível em razão da maior parte das emissões globais que lhes são imputadas:

Observando que a maior parcela das emissões globais, históricas e atuais, de gases de efeito estufa é originária dos países desenvolvidos, que as emissões per capita dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas e que a parcela de emissões globais originárias dos países em desenvolvimento crescerá para que eles possam satisfazer suas necessidades sociais e de desenvolvimento⁷⁴.

O artigo terceiro, que expõe os princípios que regem a Convenção, destaca em seu parágrafo segundo as necessidades específicas e circunstâncias especiais dos países em desenvolvimento, que os tornam mais suscetíveis aos efeitos das mudanças do clima, ressaltando que este grupo de

⁷⁴ BRASIL. **DECRETO Nº 2.652, DE 1º DE JULHO DE 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 25 mai. 2020

estados-partes não devem assumir encargos desproporcionais e anormais sob esta Convenção. Em regra, historicamente considerados os mais vulneráveis aos efeitos negativos provocados pela mudança do clima, seja pela escassez de tecnologias eficientes de combate a esses efeitos, seja pela limitação socioeconômica de implementação de políticas públicas voltadas à educação ambiental (HUQ; REID; KONATE; RAHMAN; SOKONA; CRICK, 2011, p. 25).

O princípio da “responsabilidade comum, mas diferenciada”, aduz a ideia de que todos devem cooperar em prol da preservação no direito internacional do meio ambiente, mas levando-se em consideração à capacidade nacional de cada um, em razão de seu nível de desenvolvimento e poder socioeconômico no cenário internacional. Por esta razão, historicamente se atribui maior responsabilidade aos países desenvolvidos, por se vislumbrar maiores condições econômicas, e estabilidade para se instituir as políticas ambientais de redução de emissões de gases (MOTTA, 2011, p. 12).

Os países menos desenvolvidos são os mais susceptíveis às reações calamitosas dos impactos das mudanças climáticas, devido a fatores físicos, sociais e econômicos, além da lacuna no conhecimento científico e patentes de tecnologias climáticas. A grande maioria das patentes em todo o mundo é detida por empresas com sede na América do Norte, Europa e Japão. Nas tecnologias ambientais voltadas à mitigação de efeitos do clima, os países desenvolvidos também detêm a maior parte dessas patentes em todo o mundo. Em 2005, os países da União Europeia detinham 36,7% das patentes vinculadas a energia renovável, com os EUA detendo 20,2% e o Japão 19,8%, enquanto a China detinha 2,9% e Coreia 2,3% (KHOR, 2012, p. 6).

Ademais, vulnerabilidade biofísica nos países menos desenvolvidos causam efeitos adversos na segurança alimentar, saúde humana, biodiversidade, recursos hídricos, hidrelétricas, geração de energia, córregos, nascentes perenes e meios de subsistência (MIYAN, 2015, p. 8).

Importantes organizações internacionais, incluindo o Bando Mundial, a Organização Internacional de Cooperação e Desenvolvimento, e o Secretariado do da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima avaliaram os custos de adaptação às mudanças climáticas nos países em desenvolvimento. Com base em uma ampla gama de estudos de caso setoriais e nacionais, suas estimativas variam de US\$9 bilhões a US\$ 100 bilhões de dólares anuais. O secretariado da UNFCCC, por exemplo, estimou despesas anuais de adaptação até 2030 em seis áreas: agricultura, pesca e silvicultura (US\$ 14 bilhões); recursos hídricos (US\$ 11bilhão); saúde humana (US \$ 4-5 bilhões); ecossistemas (US\$ 12 a 22 bilhões); zonas costeiras (US \$ 11 bilhões);

e infraestrutura (US \$ 8-130 bilhões) estimados (PATT; TARDROSS; NUSSBAUMER; ASSANTE; METZGER; RAFAEL; GOUJON; BRUNDRIT, 2010, p. 1333).

Por este motivo a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima reconhece a necessidade de adoção de medidas mais austeras pelos países desenvolvidos (artigo 4.2), ao contraponto em que perfilha as circunstâncias especiais dos países em desenvolvimento em virtude de sua situação de progresso econômico, quanto a persecução das medidas para limitação de emissões de gases de efeito estufa (artigo 4.3)⁷⁵.

Na Convenção foram estabelecidos compromissos e obrigações a todas as partes em seu artigo 4, pontuando de forma expressa que se darão “levando em conta suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e suas prioridades de desenvolvimento” tais como: elaborar inventários nacionais de emissões de gases de efeito estufa; incentivo ao desenvolvimento e divulgação de novas tecnologias de redução ou prevenção à emissão de gases de efeito estufa; implementar programas nacionais de adaptação e mitigação às mudanças climáticas; cooperação em pesquisas científicas e tecnológicas; e a promoção da educação ambiental como meio conscientização pública com relação à mudança do clima (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE², 2020).

A Decisão 5 / CP.7 da sétima sessão da Conferência das Partes (COP 7) reconheceu as necessidades específicas e situações especiais dos países menos desenvolvidos, na medida em que são menos capazes de lidar com os efeitos adversos de mudanças climáticas e estabeleceu um programa de trabalho para os países menos desenvolvidos, que inclui: apoiar a preparação e implementação de políticas nacionais programas de ação de adaptação; fortalecer as já existentes e, quando necessário, estabelecer, secretarias nacionais de mudança climática; promoção de programas de conscientização pública; e o desenvolvimento e transferência de tecnologias (UNFCCC⁴, 2020).

O Protocolo de Quioto, é considerado um dos principais documentos adotados no âmbito da CQNUMC, durante a terceira Conferência das Partes, que ocorreu em 1997 em Quioto, no Japão. Aberto à assinatura em 11 de dezembro de 1997, em um complexo processo de lançamento do Protocolo, entrando em vigor em 16 de fevereiro de 2005. Atualmente, existem 192 Partes no Protocolo de Kyoto (UNFCCC⁵, 2020).

⁷⁵ BRASIL. **DECRETO Nº 2.652, DE 1º DE JULHO DE 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 25 mai. 2020

Muito se fala no Protocolo de Quioto até os dias de hoje, constituindo um marco na regulação de normas quanto às mudanças climáticas, haja vista que até então não havia um acordo de cunho mais específico, que estabelecesse metas mais concretas a serem perquiridas. Tal Protocolo, definiu um processo a longo prazo, sendo o primeiro deles de 2008 a 2012, no qual acordou-se a necessidade de redução de emissão até chegar à marca de redução de 5,2% a menos de emissões em relação ao índice global de 1990 (BIATO, 2005, p. 242).

As disposições mais rígidas se aplicavam ao grupo de países componentes do Anexo I do Protocolo. Para os demais países, isto é, aqueles que não fazem parte do Anexo I, que possuíam uma condição especial de desenvolvimento, estabeleceu-se que as medidas atribuídas deveriam equilibrar-se com o crescimento do país, contando com recursos financeiros e acesso a tecnologias.

Historicamente, portanto, a maior parcela de responsabilidade sempre foi maior exigida dos países desenvolvidos, dos quais esperava-se a assunção do papel de liderança e o posicionamento efetivo na tomada de decisões e implementação de políticas públicas, tendo em vista a maior facilidade de consecução das metas estabelecidas em razão das condições de estabilidade econômica que gozam.

No entanto, ao longo dos anos esse padrão mundial vem se alterando, de modo que países considerados de economia emergente anteriormente ou de menor potencial poluidor, hoje figuram em altas posições no *ranking* de poluição mundial. O Brasil, por exemplo, conforme aponta a revista *Harvard Review of Latin America* (2020) historicamente considerado um país em desenvolvimento, foi incluído como um dos maiores emissores de Gases de Efeito Estufa de acordo com dados divulgados pela UNEP em setembro de 2019. A partir de dados do *Emissions Gap Report 2019*, os quatro principais emissores (China, União Europeia, Índia e Estados Unidos da América) contribuem mais de 55% das emissões totais de GEE no período na última década, excluindo os dados de LUC (*Land-Use Change*⁷⁶). Os membros do G20 contribuem com 78%. China emite mais de um quarto (26%) das emissões globais (excluindo-se a contagem por LUC).

Os Estados Unidos da América emitem 13 por cento das emissões globais de GEE, com um declínio gradual de Emissões de GEE de 0,1% ao ano na última década, mas um aumento de 2,5%

⁷⁶ LUC é uma sigla que se refere a Land-Use Change, e a sigla relaciona-se às atividades humanas, que por meio do uso da terra, mudança no uso da terra e atividades florestais afetam as mudanças nos estoques de carbono entre os reservatórios de carbono do ecossistema terrestre e entre o ecossistema terrestre e a atmosfera. Informações de “UNFCCC. **Land Use, Land-Use Change and Forestry**. Disponível em: <https://unfccc.int/topics/land-use/workstreams/land-use--land-use-change-and-forestry-lulucf/land-use--land-use-change-and-forestry>. Acesso em: 02 jun. 2020”.

em 2018 devido ao aumento demanda de energia. A União Europeia emite 8,5% do GEE global e teve um declínio constante de 1% ao ano na última década e um declínio de 1,3% em 2018. Índia, representa 7% das emissões globais, e continua em um rápido crescimento das emissões de 3,7% ao ano na década passada e 5,5% em 2018. A Federação Russa (4,8%) e Japão (2,7%) são os próximos maiores emissores, com transporte internacional (aviação e expedição) representando cerca de 2,5% das emissões de GEE. No entanto, o relatório prevê que se a contagem do estivesse LUC incluída, as emissões, os rankings mudariam, e o Brasil provavelmente seria o maior emissor (UNEP, 2019, p. 7).

Esse aumento no nível de emissão notavelmente maior do que na avaliação de 2018, relacionado ao uso da terra no Brasil, conforme aponta o relatório, encontra-se principalmente atrelado ao recente aumento de emissões históricas (desmatamento na Amazônia) e as incertezas políticas no país (UNEP, 2019, p. 12).

Assim, percebe-se que a grande divisão do mundo em dois grandes hemisférios, de Países Anexo I (considerados desenvolvidos), e Países não parte do Anexo I (considerados em desenvolvimento), conforme dispôs a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e o Protocolo de Quioto, não faz mais sentido na conjectura da sociedade internacional atual, tendo em vista que o ritmo de crescimento das economias mundiais sofreram grandes alterações ao longo dos anos, observando-se o aumento exponencial da emissão de poluentes em países anteriormente considerados de “terceiro mundo” ou de economia de baixo carbono.

4 A AUTORRESPONSABILIDADE NO ACORDO DE PARIS A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES NACIONALMENTE DETERMINADAS

Dez anos após o Protocolo de Quioto, os avanços foram ínfimos em relação a expectativa que restava depositada na consecução das metas de redução de gases de efeito estufa, que se mostraram bem abaixo dos níveis pretendidos. Foi então que começou a ser discutido e repensado um Novo Acordo Global do Clima, que culminou na adoção do “Acordo de Paris” em novembro de 2015 durante a realização da COP 21 em Paris.

O Acordo de Paris, como ressaltam os apontamentos de Boisson de Chazournes (2017, p. 97) e Carl-Friedrich Schleussner (2016, p. 827) reflete a emergência do cenário mundial diante do

atual contexto de mudanças climáticas e os níveis de emissões de gases de efeito estufa, vislumbrando o acordo como um instrumento capaz de mobilizar a sociedade internacional na busca pela mitigação dos impactos provenientes das mudanças climáticas.

O Acordo de Paris foi adotado durante a COP 21 em Paris, em 12 de dezembro de 2015, aberto à assinatura em 22 de abril de 2016 na sede da ONU em Nova York, entrando em vigor no plano internacional no dia 4 de novembro de 2016. Desde então, outros países ratificaram o Acordo, alcançando um total de 189 Partes (de 197 partes da Convenção) no primeiro semestre de 2020 (UNFCCC³, 2020).

O documento inovou ao trazer as chamadas Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs), onde cada Parte deve adotar medidas de mitigação domésticas, com o objetivo de alcançar os objetivos de suas próprias NDCs, levando em conta suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas, dentro das circunstâncias nacionais de cada um. As Contribuições Nacionalmente Determinadas apontam para a importância da expansão das ferramentas domésticas de mitigação dos impactos das mudanças climáticas as quais deverão ser desenvolvidas no âmbito de cada um dos Estados-Partes.

O Acordo de Paris surge, neste sentido, como um divisor de águas na governança internacional voltada à mudança do clima por trazer uma proposta de abordagem diferenciada, que resgata mais uma vez o princípio da responsabilidade comum porém diferenciada, mas não divide o planeta em dois grandes polos, tampouco imputa o peso da responsabilidade exclusivamente às grandes potências mundiais, mas de fato, arroga a responsabilidade de cada qual conforme sua parcela de “culpabilidade” e capacidade contributiva. “Há claramente um dever de todas as partes de realizar ações para o clima” (NAÇÕES UNIDAS², 2020).

Os países desenvolvidos relatam o apoio que prestam, os países em desenvolvimento o apoio que recebem e precisam. As informações fornecidas por todas as Partes, sejam países desenvolvidos ou em desenvolvimento, sobre mitigação e suporte estão sujeitas a uma 'revisão de especialistas técnicos' e 'considerações facilitadoras e multilaterais do progresso' realizadas pelos órgãos científicos e de assessoramento da CQNUMC (RAJAMANI, 2016, p. 511-512).

O Acordo organiza uma estrutura diferenciada em relação ao modelo de negociações *Top-Down* que vinha sendo adotado até então (conforme veremos adiante) com vistas a permitir atingir essas metas através da inclusão significativa de todos os Estados Partes. Como bem estabelece Patrícia Galvão Ferreira, o Acordo de Paris é o primeiro instrumento a apresentar provimentos

autônomos para “assuntos como adaptação climática, perdas e danos, sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa, financiamento climático, desenvolvimento e transferência de tecnologia e capacitação” (FERREIRA, 2018, p. 666).

Assim, o Acordo de Paris elenca desde sua introdução essa ideia de responsabilidade singular de cada realidade nacional, “na prossecução do objetivo da Convenção, e sendo guiada por seus princípios, incluindo o princípio da igualdade e responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais”⁷⁷.

O artigo quarto, ademais, que guarda o pilar do Acordo de Paris, as chamadas Contribuições Nacionalmente Determinadas, propõe um instrumento de implementação das metas nunca antes utilizado por nenhum outro programa desenvolvido no âmbito da Convenção Quadro sobre Mudança do Clima, tendo em vista que não somente busca respeitar a individualidade da capacidade contributiva de cada Estado Parte, como também enseja o exercício da auto responsabilidade de cada país, em estabelecer suas próprias metas com base no contexto real nacional.

O referido dispositivo determina que “cada Parte deverá preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições nacionalmente determinadas que pretendam alcançar”. No escopo dessas contribuições, as Partes deverão buscar medidas domésticas de mitigação, visando alcançar os objetivos de contribuições assumidas. A UNFCCC aponta o instituto das Contribuições Nacionalmente Determinadas como o coração do Acordo de Paris e da consecução dos objetivos a longo prazo, tendo em vista que incorporam os esforços de cada país para reduzir as emissões nacionais e se adaptar aos impactos das mudanças climáticas (UNFCCC¹, 2020).

Em suma, Patrícia Galvão Ferreira (2018, p. 666) refletiu bem o escopo do Acordo de Paris ao estabelecer as Contribuições Nacionalmente determinadas:

O Acordo de Paris inova igualmente, estabelecendo uma obrigação universal de os Estados empreenderem e comunicarem nacionalmente determinados contribuições climáticas e criando um sistema complexo de supervisão que inclui uma estrutura de transparência aprimorada, um inventário periódico de ação climática coletiva e um mecanismo para facilitar a implementação e promover a conformidade. Esses mecanismos de supervisão devem trabalhar juntos para incentivar ações climáticas ambiciosas.

⁷⁷ BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9073.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

As Contribuições Nacionalmente Determinadas representam uma verdadeira mudança paradigmática de todo um regime de mudanças climáticas que vinha sendo adotado até então. Apesar dos temores quanto ao seu modo de execução, implementação e verificação, essa nova abordagem de administração de metas quantitativas de redução de gases de efeito estufa trazida pelo Acordo de Paris, buscou, além de respeitar as capacidades fáticas de cada parte, resgatar compromissos reais e fidedignos baseados em um contexto de confiança mútua e auto responsabilidade.

De modo geral, as contribuições nacionais baseiam-se em três princípios: “ambição” (pretendendo ultrapassar as previsões de redução de emissões de gases de efeito estufa de cada Estado até 2020); diferenciação (pelo princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, devem ser examinadas as circunstâncias nacionais de cada país); transparência (são publicados quando recebidos pelo secretariado no website da UNFCCC) de forma pública (AUBERTIN; KALIL, 2017).

Até o momento, 186 Estados enviaram sua primeira Contribuição Nacionalmente Determinada. O Secretariado mantém um registro público de todas as CNDs remetidas pelos Estados Partes do Acordo de Paris em uma plataforma online e facilmente acessível ao público externo, denominada “NDC Registry” (UNFCCC², 2020).

5 A DIFERENCIAÇÃO DA ABORDAGEM TOP-DOWN DAS CONTRIBUIÇÕES NACIONALMENTE DETERMINADAS EM RELAÇÃO AO PROTOCOLO DE QUIOTO

Qual a garantia de que mesmo após tantos anos de tentativas de implementação do referido protocolo, agora haverá um novo contexto de efetivação de normas através desta abordagem do Acordo de Paris? A principal linha argumenta a esse questionamento reside na abordagem *bottom-up* trazida pelas Contribuições Nacionalmente Determinadas que a diferença da estrutura *Top-Down* adotada até então no âmbito da CQNUMC, em especial no Protocolo de Quioto.

Como aponta o Professor de Relações Internacionais e Diretor de Pesquisa do Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente, Robert Falkner, para obter reduções de emissões a longo prazo, o Acordo de Paris exige às partes a apresentação regular de compromissos denominados contribuições determinadas nacionalmente (CNDs), e é essa dependência do voluntariado dos países como novo método de política climática que marca a saída

mais significativa da abordagem do Protocolo de Quioto. Em vez de estabelecer um conjunto de emissões quantitativas acordadas internacionalmente, o Acordo de Paris contorna o conflito inerente às negociações do Protocolo de Kyoto, deixando aos países a incumbência de determinar individualmente quanto eles desejam contribuir para o esforço coletivo de mitigação (FALKNER, 2016, p. 10).

O autor aponta que a ruptura do Acordo de Paris em relação ao Protocolo de Quioto foi incluir todos os países em seu esforço de mitigação. Considerando que o Protocolo de Quioto impunha obrigações de redução de emissões somente ao Anexo I (países desenvolvidos), o novo acordo obriga todos os emissores a tomar medidas nacionais de implementação para limitar o aquecimento global (FALKNER, 2016, p. 11).

Além disso, as disposições quanto às metas quantitativas de redução eram adotadas de forma única para cada um desses blocos, assim como ocorria no protocolo de Quioto que estabelecia responsabilidades diferenciadas para os países componentes do Anexo I (países desenvolvidos) e países não-parte do Anexo I (países em desenvolvimento). Esse é um claro exemplo da abordagem “Top-Down”, isto é, o mandamento normativo vinha de uma normativa padrão e “superior” (*Top*) e que irradiava as disposições de modo padronizado e diretivo aos seus destinatários (*Down*). O que se viu ao longo dos anos foi uma série de descumprimento das normativas internacionais de regulamentação climática que aplicava esse modelo de incidência da norma.

As Contribuições Nacionalmente Determinadas, por sua vez, trazem um enfoque diferenciado. Primeiramente, conforme vimos, elas rompem com aquela segregação binária entre “países desenvolvidos” e “em desenvolvimento”, para reconhecer as circunstâncias especiais de cada nacional à luz do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, conforme vimos anteriormente.

Além disso, o Acordo de Paris, através das Contribuições Nacionalmente Determinadas utiliza a abordagem “Bottom-Up”, onde as normas não são mandatoriamente definidas e inalteráveis por uma “normativa superior”. Pelo contrário, os compromissos e as metas a serem alcançadas são definidos pelo próprio Estado (*Bottom*) que se obriga a cumpri-las perante a sociedade internacional, elaborando, comunicando e mantendo suas sucessivas contribuições nacionalmente determinadas, que são transformadas em um documento oficial e depositadas junto ao Secretariado para paulatino acompanhamento (*Up*).

Patrícia Ferreira enaltece a nova metodologia utilizada pelas CNDs, que agrega um “caráter híbrido”, onde o Acordo de Paris carrega todas as nuances tradicionais de um tratado, mas que para sua consecução, utiliza uma ferramenta que depende do comprometimento e elaboração de documentos por cada Estado a partir de suas realidades nacionais (FERREIRA, 2018, p. 667).

Ramajani, por sua vez, ressalta que essa nova abordagem adotada pelo Acordo de Paris buscou abraçar um modelo de “autodiferenciação” limitada, ao permitir que as partes enviem suas 'contribuições pretendidas determinadas nacionalmente' no contexto de suas realidades internas. Ao enviar essas contribuições, as Partes puderam determinar o escopo de suas contribuições, sua forma, seu rigor e as informações que as acompanharão, escolhendo seus próprios compromissos de modo a adaptá-los às circunstâncias, capacidades e restrições nacionais, diferenciando-se de todas as outras nações, o que a autora exatamente denomina de “autodiferenciação” (RAJAMANI, 2016, p. 509-510).

Conforme preleciona Daniel Bodansky (2016, p. 303), o Acordo de Paris se diferencia do Protocolo de Quioto em quatro aspectos, primeiro, as Contribuições Nacionalmente Determinadas são determinadas nacionalmente e não negociadas internacionalmente; segundo, eles não são juridicamente vinculativos: não há obrigação sob o Acordo de Paris para alcançá-los; terceiro, eles devem ser registrados em um registro público, e não em um anexo ao Acordo; e quarto, eles são exigidos de todas as partes, e não apenas das partes do Anexo I.

De modo geral, as Contribuições Nacionalmente Determinadas revelam um aspecto híbrido, tratam-se de disposições que refletem as circunstâncias nacionais das Partes, mas que revelam o caráter vinculativo a partir do momento em que são assumidas internacionalmente pelos Estados e remetidas em documento oficial ao Secretariado da CQNUMC para registro geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciada, trata-se de instituto reconhecido desde os primeiros documentos internacionais de proteção climática. No entanto, como vimos, ao longo dos anos, a forma de aplicação do referido princípio ganhou novos contornos. A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima dividia o mundo em dois grandes blocos, de países desenvolvidos e países em desenvolvimento. No entanto, com a

evolução da sociedade internacional, vislumbrou-se a necessidade de reflexão da justiça climática com base na capacidade contributiva de cada Estado, bem como uma maior participação dos países em desenvolvimento.

Nesse contexto, surge o Acordo de Paris com uma nova abordagem do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, com enfoque na capacidade das Partes à luz das diferentes circunstâncias nacionais, capturando uma forma inovadora de diferenciação em favor dos países em desenvolvimento e estendendo apoio financeiro, tecnológico e de capacitação. É esse compromisso de diferenciação e apoio que desamarrou o histórico nó górdio e abriu caminho para Paris.

De fato, a abordagem adotada no Acordo de Paris com a criação das “Contribuições Nacionalmente Determinadas” é bastante ousada, ainda que carregue uma logicidade simples, tendo em vista que, historicamente conforme vimos, as normativas voltadas à regulamentação das mudanças do clima assumia um modelo de responsabilização bipartido.

Conclui-se que na conjectura atual do regime internacional de mudanças climáticas, todos os países indistintamente possuem a reconhecida importância no processo de combate internacional dos efeitos às mudanças climáticas, cada qual assumindo a posição que lhe é cabível conforme o contexto nacional em que estão inseridos.

REFERÊNCIAS

AUBERTIN, Catherine; KALIL, Livia. **La contribution du Brésil à la COP21 : l'agrobusiness du futur. Brésil(s)**, Paris, França, v. [s.i.], n. 11, *On-Line*, 16 mar. 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/bresils/2154#text>. Acesso em: 08 maio 2018.

BIATO, Márcia Fortuna. Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança de clima. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 166, p. 233-251, abr./jun. 2005.

BRASIL. Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. **Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 25 maio 2020

BRASIL. Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. **Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9073.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BODANSKY, Daniel. The Paris Climate Change Agreement: A New Hope? Washington: **American Journal of International Law**. [s.i.] v. 1, n.288. Abril 2016

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Regards sur l'Accord de Paris - **Un accord qui bâtit le futur**. In: Torre-Schaub, M. & Delmas-Marty M. Bilan et perspectives de l'Accord de Paris (COP 21) - Regards croisés. Paris : IRJS Editions, 2017. P. 97-106.

European Comission. **UNFCCC - United Nations Framework Convention on Climate Change**. Disponível em: https://ec.europa.eu/knowledge4policy/organisation/unfccc-united-nations-framework-convention-climate-change_en. Acesso em: 25 maio 2020.

FALKNER, Robert. The Paris Agreement and the new logic of international climate politics. Oxford: **International Affairs (oxford University Press)**, v. 92, n. 5, p. 1107-1125, ago. 2016.

FERREIRA, Patricia Galvão. The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary. Oxford: **Canadian Yearbook Of International Law/annuaire Canadien de Droit International**, [s.l.], v. 55, p.666-672, 3 set. 2018. Cambridge University Press (CUP).

HUQ, Saleemul; REID, Hannah; KONATE, Mama; RAHMAN, Atiq; SOKONA, Youba; CRICK, Florence. Mainstreaming adaptation to climate change in Least Developed Countries (LDCs). **Climate Policy, Online**, v. 4, n. 1, p. 25-43, jun. 2011.

KHOR, Martin. Climate Change, Technology and Intellectual Property Rights: Context and Recent Negotiations. **Research Paper**, South Centre. 2012. p. 6.

Ministério do Meio Ambiente¹. **Linha do tempo das medidas envolvendo Mudanças Climáticas**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/component/k2/item/15164-linha-do-tempo-das-medidas-envolvendo-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

Ministério do Meio Ambiente². **Compromissos Estabelecidos na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/quem-%C3%A9-quem/item/15142-contribui%C3%A7%C3%B5es-para-o-documento-base.html>. Acesso em: 25 maio 2020.

Ministério do Meio Ambiente³. **Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 25 maio 2020.

MIYAN, M. Alimullah. Droughts in Asian Least Developed Countries: vulnerability and sustainability. **Weather And Climate Extremes**, [s.l.], v. 7, p. 8-23, mar. 2015. Elsevier BV.

MOTTA, Ronaldo Seroa da; HARGRAVE, Jorge; LUEDEMANN, Gustavo; GUTIERREZ, Maria Bernadete Sarmiento (ed.). **Mudança do Clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios**. Brasília: Ipea, 2011.

NAÇÕES UNIDAS¹. **Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 29 maio 2020.

NAÇÕES UNIDAS². **ONU esclarece dúvidas a respeito do novo acordo climático adotado pelos Estados-membros na COP21**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-esclarece-duvidas-a-respeito-do-novo-acordo-climatico-adotado-pelos-estados-membros-na-cop21/>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PATT, A. G.; TADROSS, M.; NUSSBAUMER, P.; ASANTE, K.; METZGER, M.; RAFAEL, J.; GOUJON, A.; BRUNDRIT, G. Estimating least-developed countries' vulnerability to climate-related extreme events over the next 50 years. **Proceedings Of The National Academy Of Sciences**, [s.l.], v. 107, n. 4, p. 1333-1337, 5 jan. 2010. Proceedings of the National Academy of Sciences.

RAJAMANI, Lavanya. **AMBITION AND DIFFERENTIATION IN THE 2015 PARIS AGREEMENT: INTERPRETATIVE POSSIBILITIES AND UNDERLYING POLITICS**. Cambridge: **International And Comparative Law**, v. 65, n. 2, p.493-514, 16 mar. 2016. Cambridge University Press (CUP).

REVISTA - HARVARD REVIEW OF LATIN AMERICA. **Why is Brazil "Underdeveloped" and What Can Be Done About It?** Disponível em: <https://revista.drclas.harvard.edu/book/why-brazil-underdeveloped-and-what-can-be-done-about-it>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SCHLEUSSNER, Carl-friedrich et al. Science and policy characteristics of the Paris Agreement temperature goal. **Nature Climate Change**, Basingstoke, v. 6, n. 9, p.827-835, 25 jul. 2016.

UNEP. **The Emissions Gap Report 2019**. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 2019.

UNFCCC¹. **Nationally Determined Contributions (NDCs): The Paris Agreement and NDCs**. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs>. Acesso em: 10 jan. 2020.

UNFCCC². **NDC Registry**. Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>. Acesso em: 02 jun. 2020.

UNFCCC³. **Paris Agreement - Status of Ratification**. Disponível em: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>. Acesso em: 20 jan. 2020.

UNFCCC⁴. **Synthesis report on the national adaptation programme of action process, including operation of the Least Developed Countries Fund**. Disponível em: <https://www.uncclearn.org/sites/default/files/inventory/unfccc115.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

UNFCCC⁵. **What is the Kyoto Protocol?** Disponível em: https://unfccc.int/kyoto_protocol. Acesso em: 31 maio 2020.

THE PARIS AGREEMENT AND THE PARADIGMATIC CHANGE IN APPLICATION OF THE COMMON RESPONSIBILITY PRINCIPLE, BUT DIFFERENTIATED

ABSTRACT

With the evolution of the international context of climate regulation, the international society realized that the bipartite model of accountability adopted until then did not reflect the maxim of the “principle of common, but differentiated responsibility”. In this context, the present study analyzes how the Paris Agreement brings an innovative approach based on the institution of Nationally Determined Contributions that reflects the national circumstances of each Party. It uses exploratory and bibliographic research as methodological procedures, with consultation in printed and electronic media. Furthermore, the research is of a qualitative type, which aims to analyze the subjective aspect of the theme, seeking to investigate it from a more critical perspective. We conclude that it was necessary to change the traditional paradigm of the international climate regime for an effective inclusion of all members of international society in the context of mitigating the effects of climate change.

Keywords: Differentiated responsibility. Climate changes. Paris Agreement.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS APLICADO AO DIREITO DO CONSUMIDOR

*Andressa Solon Borges*⁷⁸

*Carlos André Maciel Pinheiro Pereira*⁷⁹

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir o papel conferido ao instituto de resolução de demandas repetitivas dentro da sistemática processual e sua aplicação nos processos baseados no direito do consumidor. Utiliza o método dedutivo para realização de pesquisa exploratória e qualitativa. Compreende que o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma ferramenta criada pelo legislador para salvaguardar a segurança jurídica e desafogar os tribunais com o fim de assegurar a celeridade processual. Considera que as demandas consumeristas seriadas são fruto da pós-modernidade, eis que as relações de consumo fazem parte da própria identidade do sujeito, de modo que os problemas não resolvidos entre consumidor e fornecedor aportam no poder judiciário. Visualiza a aplicação do incidente de demandas repetitivas nas relações de consumo pelos tribunais brasileiros, com fundamento em estudos estáticos. Por fim, conclui que o incidente de resolução de demandas repetitivas, apesar de sua tímida utilização, implica em uma ferramenta hábil para sistematizar o acesso à justiça como ordem de valores a ser entregue ao consumidor.

Palavras-chave Incidente de resolução de demandas repetitivas. Relações de consumo. Acesso à justiça no direito de consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Com o ingresso na pós-modernidade, dois fatos ganham maior proporção nas sociedades contemporâneas: consumo e conflito. A tendência é que as pessoas consumam cada vez mais, como

⁷⁸ Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Civil pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ). Especialista em Direito Público pela Instituto de Ensino Superior de Fortaleza (IESF). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). E-mail: solonandressa@gmail.com

⁷⁹ Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Professor DNS I da Universidade Potiguar (UnP). Advogado. E-mail: candremaciel@hotmail.com

forma de se destacar entre os demais, eis que toda a conjuntura econômica apropria-se do consumo como um dos alicerces das relações intersubjetivas. De outro orbe, os conflitos se mostram uma constante cada vez mais presente, tendo em mira o pluralismo que reveste toda a sociedade e a grande quantidade de divergências que disto emanam.

Diferentes não seriam os conflitos que advêm das relações de consumo, cujo aumento quantitativo e qualitativo acompanha o desenvolvimento socioeconômico. Os dissensos entre consumidor e fornecedor findam ingressando, de forma seriada, no poder judiciário. Frente a esta situação, o Código de Processo Civil de 2015 introduz o incidente de resolução de demandas repetitivas, como forma de superar questões recorrentes no âmbito dos tribunais.

Cabe questionar: no que consiste o incidente acima mencionado? Quais são as peculiaridades das relações de consumo que as tornam seriadas? É possível utilizar o instituto mencionado para resolver demandas envolvendo o consumidor? É com o objetivo de responder a essas problemáticas que a presente investigação será desenvolvida, com o fito de esclarecer as potencialidades do incidente de resolução de demandas repetitivas para as demandas de consumo.

Será produzida uma pesquisa de ordem qualitativa, do tipo exploratória e com suporte no método dedutivo, cuja aplicação orientará a análise do Código de Processo Civil e das obras bibliográficas divididas entre Direito Processual Civil, Direito do Consumidor e Sociologia. Ainda, se utilizará de exames quantitativos prévios já publicados, com análise estatística da matéria.

O primeiro tópico da pesquisa irá discutir os aspectos teóricos e jurídicos do incidente de resolução de demandas repetitivas para compreender qual o papel desempenhado por este instrumento processual na ordem jurídica. Em seguida, na segunda seção, será debatida a origem das demandas seriadas de consumo e seu tratamento jurídico. Por fim, na terceira e última etapa, o exame buscará estudos estatísticos para compreender como o incidente processual em discussão é empregado pelos tribunais brasileiros nas lides consumeristas.

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, foi criado um novo panorama para a jurisprudência brasileira, denotando uma preocupação especial do legislador com questões ligadas

ao caráter vinculante das decisões judiciais, mormente o intuito de criar uma sistemática de precedentes judiciais. Dentre os institutos desenhados pela dita legislação, destaca-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, então objeto de estudo desta seção. Antes de discutir a entidade em si, cabe debater sobre o substrato teórico que alicerça as premissas encontradas na lei processual.

A perspectiva de manter a jurisprudência dos tribunais íntegra e coesa consiste em uma aplicação direta da teoria de Ronald Dworkin ao direito brasileiro, consoante serem empregados os termos característicos de sua obra, como é perceptível pela leitura do art. 926⁸⁰ do Código de Processo Civil. (PEREIRA, 2018, p. 169 – 170). De acordo com os postulados escrutinados por Dworkin, o direito deve comportar-se como um romance em cadeia, enquanto um empreendimento literário comum entre vários juízes, no qual cada julgador deverá se reportar aos capítulos anteriores – decisões – para escrever o seu, mantendo o sistema jurídico coeso. Em outras palavras, a expectativa é que o juiz enfrente os precedentes anteriores, em sua decisão, para manter o mínimo de segurança jurídica e pertinência do julgado com a estrutura normativa-jurídica. (DWORKIN, 2008, p. 238 – 241).

Logo, cabe ao juiz, quando exercer a judicatura, manter a integridade do direito, sendo a própria releitura da tradição histórica dos precedentes uma ferramenta adicional na construção da resposta correta aplicável ao caso em espeque. Isto se deve ao fato de que o romance em cadeia assinala a validade da norma em relação ao sistema jurídico como um todo.

Ainda que a teoria de Dworkin seja cunhada para os casos difíceis – aqueles que não possuem resposta direta no ordenamento jurídico e que devem ser reconstruídas, pelo julgador, a partir do cotejamento entre os precedentes judiciais, os princípios e as políticas (PEREIRA, 2018, p. 135 – 136) –, fato é que esta visão jusfilosófica contaminou o legislador na feitura do Código, o que justifica esta breve digressão acerca do que representam os conceitos de integridade e coesão transcritos pelo já mencionado art. 926.

Neste esteio, o Código de Processo Civil consagra uma sistemática híbrida entre os modelos de *common law* e *civil law*, ao trazer a figura do precedente como dispositivo apto a resolver a franca litigiosidade que se faz presente nos ambientes forenses. Os precedentes são normas criadas

⁸⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

pelos tribunais com poder vinculante e que podem servir para resolução de casos idênticos, mitigando as possibilidades de interpretação e aplicação diferenciada. (KELSEN, 1999, p. 278 – 279)

Daí que desponta um ensaio pela padronização decisória nas demandas em série, materializado em diversas técnicas de julgamento, das quais o incidente de resolução de demandas repetitivas é um dos instrumentos eleitos para efetivar tal arquétipo. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 660). É que um dos objetivos da legislação processual é fundar um microsistema de litigiosidade repetitiva, apto a solucionar aquelas demandas sobre direitos individuais homogêneos, as quais são objeto de ações propostas de forma seriada e têm como pano de fundo um mesmo contexto fático e jurídico. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 676 – 679).

O incidente de resolução de demandas repetitivas, enquanto componente do sistema acima mencionado, tem sua inspiração na dogmática processual alemã, que dispõe de instituto semelhante, denominado de *Musterverfahren*⁸¹. No direito alemão, é delineado um procedimento padrão para os feitos que tratem de uma mesma situação jurídica, independentemente de as partes coincidirem, de modo que as questões comuns sejam analisadas pelo julgador e que forneçam um paradigma para os juízos originários. (KREBS, 2015, p. 176). Diferentemente da sistemática alemã, na qual o procedimento padrão tem natureza de incidente interlocutório, o Brasil estruturou o incidente de resolução de demandas repetitivas como ação autônoma. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 730)

A disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas reside no art. 976⁸² do Código de Processo Civil. Para instalação do expediente processual, é necessário comprovar os dois requisitos: a existência de processos seriados de controvérsia comum e o risco de ofensa à segurança jurídica, dado que diferentes interpretações podem ser produzidas por juízes e pelos tribunais.

⁸¹ Em tradução livre: procedimento-padrão.

⁸² Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

A abrangência de processos compreende tanto aqueles de competência originárias dos tribunais quanto aqueles de primeira instância, desde que tenha havido algum julgamento que possibilite a subida da questão, pela via recursal, às instâncias superiores. (KREBS, 2015, p. 177). O requerimento de instalação será direcionado ao presidente da corte, podendo ser conhecido de ofício ou arguido por qualquer um dos interessados, seja parte, terceiro, Defensoria Pública ou Ministério Público, nos termos do art. 977.

É necessário que o interessado demonstre, efetivamente, que existe repetição entre as demandas e que o tribunal possui, em seu acervo, processo pendente de julgamento. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 731). Com a admissão do incidente, serão suspensos os processos pendentes e que detenham pertinência com a temática em julgamento, consoante o art. 982⁸³, inciso I, do Código de Processo Civil e o processo remetido a um órgão indicado pelo regimento interno de cada corte, consoante o art. 978⁸⁴.

A etapa subsequente envolve a intimação do Ministério Público – quando este não for autor – e dos juízos de instância inferiores para que prestem as informações necessárias para subsidiar o processo cognitivo. Também é cabível a intervenção do *amicus curiae* no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, ampliando o alcance argumentativo da questão. Todos aqueles que serão afetados pelo julgamento poderão se manifestar no incidente, possibilitando que diversas perspectivas fáticas e jurídicas sejam visualizadas pelo tribunal. (PEREIRA, 2018, p. 115).

Com a resolução da questão, entra-se na última fase, na qual o precedente definido é aplicado nos processos pendentes, até posterior revisão, que pode ocorrer pela via da superação das razões decisórias ou por uma nova situação fática que fuja ao seu alcance. O mesmo órgão responsável por julgar o incidente também poderá avaliar as revisões. Dessas decisões caberá recurso especial ou extraordinário, a depender da natureza do mérito, presumindo-se a repercussão geral. (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020, p. 735 - 736).

Independentemente de qualquer crítica que possa ser feita sobre a cultura de precedentes no direito brasileiro, sobre o instituto e ainda diante da pendência de plena regulamentação, fato é que se tem um instrumento com possível potencial para apaziguar a litigiosidade de massas que se

⁸³ Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

⁸⁴ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

faz presente em algumas áreas, a exemplo do direito do consumidor. Satisfeita a introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas, faz-se necessário discutir as demandas seriadas em matéria consumerista, objeto da próxima seção.

3 AS DEMANDAS REPETITIVAS EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Com o passar do tempo, a sociedade brasileira vem presenciando um crescimento maciço nas relações de consumo, que se tornam cada vez mais variadas. Dentre essas relações, as compras via internet em lojas virtuais – seja por comodidade, economicidade, praticidade, acessibilidade e outros – vêm gerando os mais variados tipos de negociação entre consumidores e fornecedores, demonstrando o rompimento de barreiras territoriais para a perfectibilização dos negócios entre as partes da relação de consumo. (BAUMAN, 1998, p. 26)

Isto revela um aprimoramento tanto na característica dos indivíduos quanto ao seu perfil de consumo como na tipologia dos contratos realizados, afinal, os membros da sociedade são classificados de acordo com a sua condição e capacidade de serem consumidores, tendo em vista que estes sempre estão ávidos pelo desejo e pela satisfação de consumir em um curso espaço de tempo (BAUMAN, 1998, p. 82 – 83).

Outro ponto importante a ser exposto é a velocidade com a qual se materializam as relações de consumo no atual mundo globalizado, trazendo a classificação atual da sociedade como consumista em face da impaciência e da impetuosidade das pessoas em se interessar e se desinteressar pelos bens disponíveis, ultrapassando os limites da necessidade real e natural (BAUMAN, 1998, p. 83). Portanto, as ações humanas são configuradas tão somente no desejo momentâneo e constante de experimentar uma sensação de satisfação ainda não vivenciada, anseio esse fomentado pela indústria que a todo tempo inventa um novo objeto capaz de seduzir os insaciáveis consumidores.

Na mesma rapidez com a qual surge o interesse por uma mercadoria, surge o desinteresse e subsequente descarte imediato do bem, porquanto já substituído por outro novo. A materialização deste processo dar-se através da divulgação exagerada de publicidade, muitas vezes realizada de forma abusiva pelos fornecedores, com o objetivo de lucrar com a produção e o consumo em massa. Não obstante, ainda persiste o fornecimento de produtos impróprios para consumo, defeituosos e

serviços de má qualidade, o que gera uma parcela considerável de consumidores insatisfeitos, cujos direitos eventualmente desrespeitados nestas relações serão solucionados pelo poder judiciário.

O aumento da litigiosidade se verifica em duas frentes: de um lado, as práticas desleais dos fornecedores; de outro, a ausência de uma via administrativa capaz de solucionar prejuízos causados aos consumidores. Neste diapasão, a falta de uma fiscalização por parte das agências reguladoras responsáveis também contribui para a sobrecarga do Poder Judiciário com as chamadas demandas de massa. (SAID FILHO, 2016, p. 95 – 96).

Prova disso é o relatório anual elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, chamado de “Justiça em Números”, o qual aponta crescimento anual e paulatino no ajuizamento de demandas de massa envolvendo os chamados grandes litigantes ou litigantes habituais, malgrado o alto investimento anual dos tribunais brasileiros em estrutura, pessoal, aparato tecnológico, entre outros, com a finalidade de reduzir ou frear esses números e vislumbrar um dia um Judiciário numa perspectiva sustentável. (DIAS, 2017, p. 125).

As demandas de massa são as lides concernentes a direitos individuais homogêneos nas quais há controvérsia preponderantemente sobre as mesmas questões de direito e, portanto, responsáveis pela litigiosidade enfrentada pelos tribunais brasileiros. (DANTAS, 2014, p. 69). Já os grandes litigantes ou litigantes habituais são aqueles que detém aparato jurídico próprio para atuar em prol dos interesses de grandes empresas como bancos, planos de saúde, empresas de telefonia, grandes magazines, entre outros que encabeçam a lista dos maiores litigantes brasileiros. Para estas entidades, quanto mais tempo um processo tramita em sede de tribunais, mais tempo é ganho para efetuar a reparação devida ao consumidor lesado. (CNJ, 2011).

Nesse cenário, com a égide jurídica trazida pelo Código de Processo Civil, possibilita-se o julgamento de improcedência liminar do pedido quando reconhecido o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência, nos termos dos artigos 332⁸⁵, inciso III, e 928⁸⁶, inciso I.

Essa ferramenta veio como forma de se garantir um tratamento adequado das demandas de massa, porquanto a estrutura atual do judiciário e a sistemática processual são preparadas para

⁸⁵ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁸⁶ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas.

receber somente demandas individualizadas, conquanto as de massa exigem um tratamento diferenciado a fim de conter ou frear a litigiosidade seriada. (TEMER, 2018, p. 33)

O incidente de resolução de demandas repetitivas pode reduzir o tempo de duração do processo, tendo em que a aplicação de uma tese já fixada por uma instância superior limita a rediscussão do tema e garante previsibilidade e segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 109) às decisões proferidas em primeira instância, a qual é responsável pela maioria das ações de direito do consumidor, com base nos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, o incidente de resolução de demandas repetitivas configura-se como um meio fidedigno de participação para a contribuição de interessados no debate para a fixação da tese jurídica, uma vez que o relator deverá selecionar os processos mais representativos da controvérsia e, após a admissão do incidente, se preenchidos os requisitos, a ele deverá ser dada a devida publicidade como forma de legitimação da tese firmada (TEMER, 2018, p. 143).

A publicidade garante a participação da sociedade, das partes e de qualquer outro interessado, na forma do art. 983⁸⁷ do Código de Processo Civil, pois as decisões proferidas no âmbito dos tribunais, em sede de demandas seriadas, geram repercussões a níveis social, financeiro e político. (MENDES, TEMER, 2015). Por esta razão, os argumentos bem apresentados possibilitam melhor apreciação da causa, tendo no debate o meio necessário para se conseguir a legitimidade da qual devem ser revestidas todas as decisões, daí que a participação, por intermédio de *amicus curiae*, daqueles alcançados pela norma, bem como a garantia de audiências públicas e da oitiva de partes desinteressadas no litígio, garante o aporte de informações necessárias à análise do objeto do incidente e à formação do precedente. (DIDIER JUNIOR, 2007, p.240)

Essa perspectiva dialógica promove a manifestação aberta de uma política pluralista baseada no consenso ou na elaboração de uma opinião autêntica concebida através da participação e da integração social entre indivíduos, o que materializa uma democracia procedimental ativa. (GÓES, 2013, p. 45 – 46)

Em um panorama no qual as relações de consumo são feitas das mais variadas formas, é preciso assegurar previsibilidade máxima para a garantia de uma ordem justa e racional

⁸⁷ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

(MARIONI, 2016, p. 37), com a observância da unidade do direito; da promoção de igualdade entre o jurisdicionado; e até mesmo da racionalidade econômica da máquina judiciária, evitando a interposição desnecessária de recursos às instâncias superiores.

É neste prisma que o Código de Processo Civil debuta uma ordem jurídica instituída com base em decisões produzidas de acordo com o entendimento vinculante, seja ele simulado ou produzido em sede de incidente, como maneira de efetivar o princípio da segurança jurídica por intermédio da certeza, da estabilidade, da previsibilidade e da confiança. (CARVALHO, 2019, p. 250 – 251). Afinal, segurança jurídica e justiça estão intimamente ligadas, considerando que a primeira significa a imutabilidade de regramentos jurídicos ou interpretação dos tribunais, revestindo as decisões de um caráter absoluto. A segurança jurídica é importante e se justifica para a estabilização das relações sociais (NASCIMENTO, THEODORO JÚNIOR, FARIA, 2011.p. 107)

Nesse sentido, não se pode aceitar posicionamentos jurisprudenciais dissonantes para casos idênticos, pois tal prática confere insatisfação e perplexidade aos cidadãos afetados por decisões opostas acerca dos mesmos direitos na seara consumerista. (RODRIGUES, 2013, p. 30). Ações estas que são as responsáveis pelo abarrotamento das instâncias inferiores dos tribunais às quais pode ser dado tratamento igualitário e único com base no posicionamento colegiado das cortes.

A ampliação do acesso à justiça conferiu à sociedade contemporânea instrumentos para a garantia e a efetivação de seus direitos por meio das demandas individuais. Dados os prejuízos causados aos litigantes eventuais, os consumidores vêm ingressando anualmente com mais e mais processos, o que acarreta no comprometimento da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia. É o crescimento exponencial, visto sob a roupagem de processos repetitivos, que acarreta o abarrotamento de todas as instâncias dos tribunais, principalmente as inferiores, o que demanda esforços e gastos cada vez maiores para diminuir o número de processos. Para solucionar este cenário, sob pena de colapso no funcionamento da estrutura judicial, é que o legislador lança mão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Feita tal digressão, o estudo irá para a próxima etapa, com o fito de discutir a aplicação do incidente de demandas repetitivas nos processos seriados que tratam sobre direito do consumidor nos Tribunais de Justiça do Brasil.

4 A UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NA SEARA CONSUMERISTA

Tendo sido verificados, até então, os conceitos que estão por trás do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como discutidas as bases para os processos seriados dentro das demandas de consumo, cabe agora identificar a aplicação do instituto processual em exame nas demandas consumeristas.

A investigação será realizada a partir dos dados gerados pelo Observatório Brasileiro de IRDRs⁸⁸, grupo de pesquisa vinculado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e que realiza o acompanhamento dos incidentes de demanda repetitivas suscitados perante os tribunais brasileiros, analisando as questões vinculadas à aplicação, admissibilidade e julgamento de mérito. A investigação do grupo compreendeu os 27 (vinte e seis) Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal, além dos Tribunais Regionais Federais das 5 (cinco) regiões.

No período de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018, foi realizado o exame de admissibilidade de 677 (seiscentos e setenta e sete) incidentes, dos quais 68 (sessenta e oito) tiveram o mérito julgado. (ZUFELATO, 2019b, p. 25 – 26). Deste universo, 197 (cento e noventa e sete) foram admitidos, 1 (um) foi transformado em diligência, 6 (seis) foram extintos, 453 (quatrocentos e cinquenta e três) não tiveram admissão, 7 (sete) não foram conhecidos, 12 (doze) tiveram o mérito prejudicado e 1 (um) foi suspenso. (ZUFELATO, 2019b, p. 28 – 29). No espectro do direito do consumerista, foram admitidos 11 (onze) incidentes de resolução de demandas repetitivas, (ZUFELATO, 2019b, p. 68), dos quais 5 (cinco) tiveram intervenção de terceiros no exame de mérito. (ZUFELATO, 2019b, p. 75).

Compulsando o formulário de coleta de dados de exame de mérito, disponível no acervo de dados⁸⁹ do Observatório Brasileiro de IRDRs, verifica-se que foram julgados 5 (cinco) incidentes em matéria consumerista. (ZUFELATO, 2019a). São os seguintes feitos:

- a) Processo paradigma de número 0023203-35.2016.8.26.0000, julgado pela Turma Especial de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo;

⁸⁸ O sítio virtual do grupo pode ser acessado através do endereço: <http://observatorioidr.direitorp.usp.br/>

⁸⁹ O acesso pode ser feito através do seguinte endereço virtual: <http://observatorioidr.direitorp.usp.br/banco-de-dados-2/>

- b) Processo paradigma de número 0240033-82.2016.8.21.7000, julgado pela Quinta Turma Cível do Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;
- c) Processo paradigma de número 0032321-30.2016.8.19.0000, julgado pela Seção Cível Comum do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro;
- d) Processo paradigma de número 0378378-98.2016.8.13.0000, julgado pela Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais;
- e) Processo paradigma de número 039/2016, julgado pela Turma de Uniformização de Interpretação de Lei do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Fora os processos mencionados nas alíneas “a” e “e”, nos demais foram sobrestados os processos pendentes no respectivo tribunal que versassem sobre a mesma matéria. Afora o processo mencionado na alínea “e”, cujos dados não puderam ser obtidos, nos outros feitos não foram requisitadas informações a órgãos diversos e não ocorreu modulação de efeitos. Afora o feito da aliena “a”, nenhum dos demais levou a apresentação de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. Os julgados mencionados nas alíneas “a” e “b” foram suscitados por pessoas física e jurídica de direito privado, enquanto o da aliena “c” foi levantado por pessoas física, jurídica de direito privado e privada de direito público. Por fim, o processo da alínea “d” foi levantado por pessoa jurídica de direito público. (ZUFELATO, 2019a).

O incidente de resolução de demandas repetitivas de número 0023203-35.2016.8.26.0000 apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo teve como objeto de discussão os requisitos e efeitos do atraso de entrega de unidades autônomas em construção aos consumidores. O julgado redundou nas seguintes teses sendo fixadas:

Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o prazo certo para formação do grupo de adquirentes e para entrega do imóvel. [...] O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem [...]É ilícito o repasse dos "juros de obra", ou "juros de evolução de obra", ou taxa de evolução da obra", ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância. [...]A restituição de valores pagos em excesso pelo promissário comprador em contratos de compromisso de compra e venda far-se-á de modo simples, salvo má-fé do promitente vendedor. [...]descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e multa contratual sobre o saldo devedor. [...] Não se aplica a multa prevista no artigo 35, parágrafo 5º, da Lei n. 4.591/64 para os casos de atraso de entrega das unidades autônomas aos promissários compradores. (TJSP, 2017)

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas de número 0240033-82.2016.8.21.7000 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abordou o conflito de competência para julgamento de ações indenizatórias por danos ajuizada contra estabelecimento enquadrado como fornecedor, eis que é facultado ao consumidor ajuizar a ação em seu próprio domicílio. A corte concluiu que, em “[t]ratando-se de conflito de competência entre os foros da capital, o litígio deve tramitar naquele escolhido pelo consumidor, desde que observada uma das opções legais, descabida a declinação de ofício.” (TJRS, 2018).

De seu turno, o incidente de resolução de demandas repetitivas de número 0032321-30.2016.8.19.0000 que foi objeto de análise no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teve como pano de fundo a “legitimidade passiva nas ações onde se busca adequação dos descontos de empréstimos consignados à margem” e consagrou que a “a legitimidade passiva ordinária é das instituições financeiras que concederam crédito ao autor”. Assim, “não há litisconsórcio necessário entre as instituições financeiras e a fonte pagadora.” Caso seja “opção do consumidor, a fonte pagadora pode figurar no polo passivo, como litisconsorte facultativo, observada a imputação à mesma de conduta própria” (TJRJ, 2016).

Por sua vez, o incidente de resolução de demandas repetitivas de número 0378378-98.2016.8.13.0000 arguido perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais versou sobre "o cabimento de medida cautelar de exibição de documentos para obtenção de documentos a serem fornecidos pelos Órgãos de Proteção ao Crédito". Findou, como tese jurídica acatada, que é:

[...] cabível o habeas data para obtenção de informações constantes em banco de dados e cadastros restritivos de crédito de consumidores, desde que, conforme expressa previsão legal, exista prova da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão. [...] Inexiste interesse de agir da parte que ajuíza ação de exibição de documentos em desfavor dos órgãos de proteção ao crédito para obtenção de documentos referentes à negativação. (TJMG, 2016)

O último julgamento identificado é o do incidente de resolução de demandas repetitivas de número 039/2016 apreciado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ele buscou fornecer uma tese jurídica para as cobranças das tarifas de cadastro e de avaliação do bem, de seguro proteção financeira, da taxa de registro de gravame eletrônico e de serviços de terceiros nos contratos de financiamento de veículos. Os julgadores concluíram que:

Não há ilicitude na contratação e cobrança do “seguro de proteção financeira”, devendo verificar-se, no caso concreto, se houve adesão livre do consumidor, constando dos autos,

além de sua opção de contratação, a respectiva apólice. [...] Os custos decorrentes do registro de gravame eletrônico, medida inerente à atividade da instituição financeira, devem ser inteiramente por ela suportados, sendo ilícita a transferência de tais custos ao adquirente do veículo. (TJES, 2016)

Apesar de existirem poucos julgados de incidentes de demandas repetitivas de consumo, fato é que a própria arguição destes institutos perante os tribunais tem o condão de assegurar uma maior segurança jurídica e celeridade aos processos, eis que a tese fixada pela corte permitirá a aplicação imediata e vinculante aos demais órgãos judicantes daquela competência, até posterior superação ou modificação do precedente elaborado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, em face da morosidade que permeia os tribunais, o judiciário não socorre a contento os consumidores invectivados diariamente por grandes empresas e grandes grupos detentores de poderio econômico e jurídico, capazes de litigarem com tempo e condições em seu favor, locupletando-se indevidamente à custa do tempo e do investimento feito pelo consumidor. Assim, destaca-se o potencial que possui o incidente de resolução de demandas repetitivas para conferir celeridade aos processos em matéria de consumo.

Os conceitos de integridade e coesão propostos inicialmente pela teoria de Ronald Dworkin ganharam força e importância no Código de Processo Civil de forma a privilegiar a decisão fundada no precedente com força, fundamentação e poder vinculante como forma de aplicação imediata para casos idênticos.

O Incidente de resolução de demandas repetitivas é um instrumento de manejo capaz de diminuir ou frear a litigiosidade atual verificada principalmente nos tribunais de primeira instância em face do constante número de situações contratuais realizadas nas relações de consumo atual, estas cada vez mais elaboradas e dos mais diversos tipos e formas, as quais ensejam uma solução rápida quando frustradas as expectativas dos consumidores em face das práticas abusivas perpetradas diariamente em todo o Brasil.

Infelizmente, malgrado a divulgação maciça do Código de Defesa do Consumidor, a parte hipossuficiente da relação de consumo apenas dispõe do Poder Judiciário como a *ultima ratio* para a satisfação de um direito na lei garantida, o que faz do Judiciário o balcão de reclamações de

consumidores insatisfeitos com produtos que não atendem às suas expectativas ou serviço aquém do esperado. Prova disso é o alto número de demandas ajuizadas diariamente, conforme os números demonstrados pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais apontam para um colapso do sistema em pouco tempo.

Diante desse quadro, a necessidade de se objetivar um Poder Judiciário sustentável, tanto do ponto de vista material e humano, quanto do ponto de vista processual no sentido de garantir um posicionamento linear em seus julgados, faz com que sejam empregados esforços em um julgamento contínuo para conter o ajuizamento maciço de demandas.

Ou então tentar equalizar, minimamente, o número de ações novas com o de ações julgadas, sob pena do comprometimento dos princípios da segurança jurídica, bem como do princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto o direito tardio não cumpre a sua finalidade.

Apesar das parcas decisões em matéria consumerista arguidas em sede de Incidente, não se pode negar a relevância do instituto na verticalização dos julgamentos dessa matéria, pois estes podem garantir celeridade no julgamento, poupando os entraves muitas vezes colocados pelos grandes litigantes, os quais acabam por fulminar o direito do consumidor prejudicado.

Assim, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na seara consumerista se afigura razoável ferramenta para julgamentos maciços em face da similaridade de matérias chegadas diariamente nos tribunais brasileiros, sem contar na fundamentação pautada na argumentação, o que garante legitimidade na decisão, com privilégio do Princípio da segurança jurídica, o qual norteou fortemente a nova égide do Código de Processo Civil, bem como o ordenamento jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. (Org.). **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maioress_litigantes.pdf. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.000. Relatora: Desembargadora Juliana Campos Horta. Belo Horizonte, MG, 26 de setembro de 2016. **Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. IRDR nº 39/2016. Relator: Juiz de Direito Lailton dos Santos. Vitória, ES, 25 de novembro de 2016. **Diário de Justiça do Espírito Santo**. Vitória, 05 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.000. Relatora: Desembargadora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira. Rio de Janeiro, RJ, 30 de maio de 2017. **Diário de Justiça do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 22 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Loureiro. São Paulo, SP, 31 de agosto de 2017. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo, 15 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. IRDR nº 0240033-82.2016.8.21.7000. Relator: Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, RS, 19 de março de 2018. **Diário de Justiça**. Porto Alegre, 10 abr. 2018.

CARVALHO. Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2017

DANTAS, Buno. **Teoria dos recursos repetitivos**: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS. Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao acesso à justiça como mecanismos para assegurar o funcionamento sustentável do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direito internacional do consumidor**: a proteção no livre comércio internacional. Curitiba: Juruá, 2012.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI. Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. TEMER; Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 243, maio/2015.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. THEODORO JÚNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional a questão da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Ações repetitivas**: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013.

SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)pensando o acesso à justiça**: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do poder judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZUFELATO, Camilo (Org.). **Formulário de coleta de dados: exame de mérito (até 15-06)**. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2019. 27. Disponível em: <http://observatorioidr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/03/Formul%C3%A1rio-de-coleta-de-dados-Exame-de-m%C3%A9rito-at%C3%A9-15-06.xlsx>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ZUFELATO, Camilo. (Org.). **I relatório de pesquisa do observatório brasileiros de IRDRs**: dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: http://observatorioidr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/I_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

THE REPEATING DEMAND RESOLUTION INCIDENT APPLIED TO CONSUMER LAW

ABSTRACT

The following article discusses the role given to the institute for solving repetitive demands within the procedural systematic and its application in

the judicial processes based on consumer law. It employs the deductive method to conduct exploratory and qualitative research. It understands that the incident for resolution of repetitive demands is a tool created by the legislator to protect the legal security and relieve the courts in order to guarantee the procedural speed. It considers that the consumer demands is a result of post-modernity, because the consumer relations are part of the individual's own identity, so that the unresolved problems between consumers and suppliers end up docking at the judiciary power. It visualizes the incident for solving repetitive demands application in the consumer relations by the Brazilian's courts, based on statistical studies. Finally, it concludes that the incident for solving repetitive demands, despite its timid use, implies a tool that can be used to systematize the access to justice as an order of values to be delivered for the consumer.

Keywords: Institute for solving repetitive demands. Consumer relationship. Access to justice in the consumer law.

O MARCO REGULATÓRIO DO DIREITO À SAÚDE: ESTRUTURAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE INTERNO

*Mário Augusto Silva Araújo*⁹⁰

RESUMO

A ideia de Estado de Direito implica no raciocínio de que as atividades da administração pública devem ser pautadas por critérios previamente estabelecidos em lei, que possuem como principal referencial a Constituição Federal e o pacto social brasileiro elenca como direito fundamental social, de caráter prestacional, os serviços públicos correlatos à saúde, ferramentas aptas a proporcionarem o desenvolvimento do indivíduo. Mais do que estabelecer normas de caráter programático, o constituinte determina uma vinculação orçamentária mínima anual para lastrear aquele tipo de atividade administrativa e se caso um Estado, Distrito Federal ou Município desobedecer àquele mínimo orçamentário pode sofrer intervenção federal, um princípio constitucional sensível da forma federativa de Estado. O artigo pretende delimitar o marco regulatório do direito à saúde identificando os principais referenciais normativos que o regulamenta, bem como apresentar instrumentos de eficiência e controle da execução orçamentária no que diz respeito ao assunto. Para isso se utilizou de um método dedutivo através de uma pesquisa sobre o direito positivo, a jurisprudência e a doutrina especializada.

Palavras-chave: Direito à saúde. Eficiência e controle.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro se caracteriza juridicamente por ter uma matriz ampla de direitos prestacionais, como indica a teoria dos direitos fundamentais sociais, que são aqueles em que o Estado deve, por uma opção política oriunda da população que estabeleceu o pacto social que moldura as relações sociais e objetiva harmonizar a convivência coletiva, prestar serviços públicos de maneira interventiva e ostensiva.

⁹⁰ Advogado, Mestre em Constituição e Garantia de Direitos e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Administrativo e Financeiro em cursos de pós-graduação e pesquisador vinculado à base de pesquisa Direito Administrativo Brasileiro da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: marioaugustoaraujo@yahoo.com.br.

Nesse aspecto é preciso que a administração pública se estruture através do custeio daquelas ações, que demandam planejamento estratégico apto a proporcionar eficiência ao gasto, sem esquecer da eficácia das ações administrativas, horizonte do controle da despesa pública, que é insumo para a promoção do bem de todos, objetivo fundamental da república.

Dessa maneira deve o Estado, além de se estruturar administrativa e financeiramente para a prestação da matriz de direitos fundamentais sociais, estabelecer premissas quanto à forma de controle, no intuito de proporcionar segurança jurídica ao administrador porque a delimitação de regras de controle implica diretamente nas suas escolhas.

Em que pese a matriz de controle da despesa pública ser ampla, envolvendo o controle interno, controle legislativo (político), controle externo ao encargo dos tribunais de contas, controle judicial e o controle social, é o controle interno o primeiro sistema de freios e contrapesos encontrado pelo gestor público e que influencia o seu juízo de ponderação pela melhor escolha quanto à utilização do erário.

Como o direito à saúde possui estrita vinculação com a alocação orçamentária e financeira, é preciso que a sua promoção seja balizada pela maximização daqueles recursos e para isso deve o ordenamento jurídico brasileiro estabelecer regras aptas a balizarem a condução eficiente e eficaz do erário.

O objetivo deste trabalho é delimitar o marco regulatório do direito à saúde, estabelecendo como diretriz o regramento da Constituição Federal sobre o tema, bem como identificar o funcionamento da repartição de competências no federalismo de cooperação e a função do sistema de controle interno como vetor de promoção à qualidade do gasto público.

Para isso, por intermédio de uma pesquisa exploratória de conteúdo bibliográfico e jurisprudencial, através do método dedutivo se pretendeu expor a sistemática do direito à saúde, englobando competências administrativas, legislativas e o funcionamento do controle interno.

Entendeu-se conveniente subdividir o artigo em 03 capítulos, a saber: o direito à saúde na ordem jurídica vigente; b) a eficiência administrativa e a descentralização dos serviços como instrumentos de qualidade do gasto público; e, c) o controle interno e a promoção do direito à saúde.

No primeiro capítulo a pesquisa explora a jurisdição constitucional que regulamenta o direito à saúde e o associa ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como reflete acerca das condições mínimas de custeio, como é o caso da indexação orçamentária mínima de parcela da

receita de impostos para ações e serviços públicos correlatos à saúde e destaca a importância de ações afirmativas daquele direito para a promoção da igualdade material.

No segundo capítulo se faz uma correlação entre o princípio da eficiência administrativa e a descentralização dos serviços como instrumentos da qualidade do gasto público, onde foi feita uma pesquisa doutrinária sobre como o princípio da eficiência administrativa molda as ações institucionais do gestor público.

Por fim, no terceiro capítulo, estuda a relação existente entre o controle interno e a promoção do direito à saúde, ocasião em que se delimita a construção conceitual do sistema de controle interno no ordenamento jurídico vigente e como o mesmo colabora com o planejamento e a execução do direito à saúde.

2 O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA VIGENTE

Enquanto marco delimitador de atuação das ações estatais, a Constituição Federal determina a maneira pela qual a administração pública deve agir e o seu processo de estruturação envolve 02 (duas) diretrizes: a perspectiva formal e a material (BONAVIDES, 2010).

O aspecto formal da Constituição diz respeito à moldura do texto do pacto social. Se a Constituição é uma decisão eminentemente política com vinculação jurídica, logo, o aspecto formal é intrínseco à própria formação do texto e pressupostos de escolha das normas a vincularem os agentes sociais envolvidos.

Por outro lado, em relação ao aspecto material, aquela classificação indica a Constituição como uma forma de organização do poder com a respectiva distribuição de competências. As normas correlatas à materialidade constitucional dizem respeito à composição e ao funcionamento da ordem política vigente

AFONSO DA SILVA (2000) prescreve que a Constituição em sentido formal é a moldura de existir do Estado, reduzida, sob a forma escrita, a um ou mais documentos solenemente estabelecidos pelo poder constituinte, ao passo em que o sentido material é correlato à situação total da unidade e ordenação política; a concreta circunstância de conjunto da unidade política e ordenação social.

Previsto no art. 6º, *caput* e 196 e seguintes, o direito à saúde está classificado na Constituição Federal como um direito fundamental social, cuja natureza jurídica é o caráter prestacional com viés obrigacional que objetiva a promoção da igualdade material e do desenvolvimento do sujeito, proporcionando condições aptas a lhe garantirem a liberdade em sua plenitude (AFONSO DA SILVA, 2012).

Os direitos fundamentais sociais são uma forma de regulação jurídica por intermédio da qual o Estado se compromete, a partir do pacto diretivo que é componente da política, a equilibrar situações desiguais dentro da ótica de promover melhores condições a grupos postergados e dessa maneira compensar diferenças até então existentes entre os particulares (GOTTI, 2012).

Essa característica de intervenção do Estado para a promoção do bem comum é típica do Estado Social, aquele em que uma transformação do sujeito é feita pela promoção da igualdade política através do combate à desigualdade social. Dessa forma, o Estado Social é caracterizado pela eminente prática intervencionista e requer a presença massiva do seu poder político nas relações sociais (BONAVIDES, 2013).

O direito à saúde é uma ação estratégica em diversos níveis que deve ser pensada por todos os entes federativos porque está prescrito no texto constitucional que a prestação daquele direito à saúde é de competência comum entre os entes federados (art. 23, II).

No tocante à competência legislativa, aquela em que são estabelecidas regras com caráter objetivo e vinculador de atuação estatal sobre a forma de harmonização das relações sociais, dispõe o texto constitucional que a competência é concorrente porque compete a todos os entes a promoção à defesa da saúde (art. 24, XII).

Inclusive recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o planejamento do federalismo sanitário decorrente da pandemia coronavírus decidiu, nos termos da ADI 6341/DF, que na estrutura federativa brasileira, a competência para legislar sobre o tema é concorrente.

Dessa maneira, para se pensar na efetivação do direito à saúde, é preciso que o seu destinatário, o cidadão, cobre ao remetente, o Estado, a escolha institucional pela qual as ações devem ser planejadas e o art. 198 da Constituição estabelece 03 (três) principais diretrizes: a) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e, c) a participação da comunidade.

Em termos de referência normativa sobre prestação de serviços, a linguagem específica do direito à saúde trabalha uma expressão chamada de “regulação”. Assim, se o sujeito possui uma demanda correlata à saúde, deve procurar o poder público e saber como funciona a estrutura da regulação, que nada mais é do que a sistemática em relação ao atendimento a ser prestado.

Para organizar o sistema de atendimento no tocante ao direito à saúde existe um marco normativo de fundamental importância, que é a lei 8.080/1990, também conhecida como “Lei Orgânica do SUS”.

O pacto federativo da saúde está delimitado entre os artigos 16 a 19 daquele referencial normativo, bem como em outro referencial legal: a portaria 2.203/1996 (Ministério da Saúde) porque a mesma é responsável por delimitar a responsabilidade dos Estados, Distrito Federal e União, além de objetivar, por parte dos Municípios e do Distrito Federal, o aspecto territorial da gestão dos serviços públicos de saúde às respectivas populações (SANTOS, 2016).

Ocorre que o direito à saúde é considerado uma norma programática e diretiva da administração pública e nesse sentido é preciso fazer um registro de que o orçamento público disponível não é suficiente para atender aos anseios da população, o que ocasiona no fato de que o Estado não consegue dar vazão aos anseios da coletividade.

Surge, então, uma tensão dialética entre o indivíduo, titular de direitos, e o Estado, titular de obrigações, e, como *direitos não nascem em árvores* (GALDINO, 2006) existe um embate teórico que desaguou na jurisdição do STF: o mínimo existencial e a reserva do possível.

O mínimo existencial diz respeito à dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme moldura do art. 1º, inciso III da Constituição Federal, ao passo em que a reserva do possível é a capacidade limitada de disponibilidade orçamentária do poder público.

Ao estudar sobre esse embate antagônico o STF, nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF (ADPF/45-DF), decidiu que é possível a intercessão do Poder Judiciário na judicialização da política no que diz respeito a então intangibilidade do mérito do ato administrativo em relação às escolhas do gestor público.

Utilizando como ferramenta para julgamento a ponderação de princípios, o STF entendeu que o núcleo consubstanciador do mínimo existencial necessita de intervenção a favor dos indivíduos, mas aquela decisão trouxe à tona outra problemática: no federalismo da saúde, quais as responsabilidades específicas dos entes?

Em outras palavras: diante da diversificação dos entes federados, é natural que surja a seguinte dúvida: como se operacionaliza o direito material à saúde? Se o direito subjetivo à saúde é prerrogativa de todos e obrigação do Estado e que a sua efetivação é competência administrativa comum, como delimitar a esfera de atuação de cada ente político?

Em sede de repercussão geral, o STF sedimentou a tese no tema 793 no sentido de que “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Mesmo com aquela tese fixada, para melhor esclarecimento sobre o tema, foram interpostos embargos de declaração, o que levou o STF a se aprofundar no estudo e outorgar a responsabilidade à autoridade judicial para delimitar de quem é a responsabilidade pela prestação dos direitos fundamentais sociais correlatos à saúde.

Naquele pronunciamento que aperfeiçoou a tese fixada no tema 793 o guardião da Constituição estabeleceu que na judicialização da saúde o polo passivo pode ser qualquer um dos entes federados, isoladamente, ou conjuntamente e que “A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

Dessa forma, compete ao órgão do poder judiciário que aprecia a lide no caso concreto decidir sobre a responsabilidade obrigacional do ente político, o que demonstra que o assunto é balizado pela controvérsia no que diz respeito à atribuição de competências, mesmo com o marco regulatório previsto na Lei Orgânica do SUS.

A moldura daquela prestação de serviços do poder público possui natureza jurídica de responsabilidade solidária e a depender da complexidade do atendimento, com fundamento na matriz normativa da Lei Orgânica do SUS, lastreado, portanto, pelo direito positivo, é que o julgador decidirá em relação à prestação pelo custeio.

Sobre o tema, o fato incontroverso é que o direito à saúde possui correlação direta com o direito à vida e por isso deve ser assegurado a todas as pessoas, mas o principal desafio da administração pública é como efetivar aquele direito conforme determina a jurisdição constitucional.

Isso porque como o direito à saúde é abrangente e envolve políticas públicas setoriais, requer um planejamento estratégico e como o dirigismo constitucional voltado à promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, impõe a ação interventiva do Estado, é preciso que a administração pública se estruture de modo a atender de maneira ampla os anseios da coletividade.

A estruturação administrativa em relação ao direito à saúde é uma diretriz constitucional que impacta no protagonismo do gestor e mesmo balizado por complexas regras de controle, a efetivação do direito à saúde afasta um comando basilar quanto ao controle da despesa pública com pessoal.

Isso porque a lei complementar nacional nº 101/2000 dispõe sobre limites de endividamento dos entes federados em relação à folha de pagamento e no que diz respeito àquele controle, quando determinado ente atingir a 95% do limite permitido, restam vedadas quaisquer possibilidades de contratação, salvo algumas exceções, como é o caso das contratações correlatas à saúde, educação e segurança pública (art. 22, parágrafo único, inciso IV).

E não poderia ser diferente porque o direito à saúde é ligado à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, ao protecionismo em relação à vida e a própria liberdade do sujeito, o que atrai a jurisdição do Estado para planejar e executar ações que objetivem proporcionar o oferecimento daqueles direitos.

A dignidade da pessoa humana é um conceito indeterminado repleto de subjetivismo, mas possui como alguns parâmetros a própria teleologia da Constituição Federal, que tem como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

No campo jurídico da atuação estatal existem algumas características que possibilitam a percepção e a possibilidade de um conceito de dignidade da pessoa humana porque onde não se garantir o direito à vida, integridade física do sujeito, a sua autonomia e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não há que se falar em dignidade da pessoa humana (SARLET, 2002).

A promoção da saúde interfere diretamente na autonomia do sujeito e a matriz constitucional que delimita o tema admite que a sua efetivação é direito de todos e dever do Estado e deve ser oferecida através de políticas sociais e econômicas que objetivem tanto a prevenção das

doenças em relação ao risco da sua propagação, como outros agravos e também o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CRFB).

A colaboração do direito administrativo em relação à promoção da dignidade da pessoa humana e, respectivamente, ao direito à saúde, reside no planejamento de serviços públicos, especialmente os de caráter social, como saúde, educação, previdência e assistência (DI PIETRO, 2014).

Dessa forma, é imprescindível que sejam estabelecidas ações afirmativas aptas a possibilitarem o desenvolvimento do sujeito através do direito à igualdade em uma perspectiva material.

Para isso há de se reconhecer que a Constituição Federal confere ao princípio da igualdade material uma força vinculante porque autoriza a adoção de ações afirmativas quando necessárias através de políticas públicas implementadas especificamente para isso (CLÈVE, 2016).

Ocorre que por imposição constitucional a função administrativa de gestão deve ser moldurada através da eficiência administrativa e para isso deve o gestor público estar atento tanto às prerrogativas que possui, como para a forma de controle que gravita no entorno da sua gestão.

A jurisdição constitucional possui um sistema de regulação sistêmico para garantir a eficiência organizacional e estrutural e aquele princípio é especialmente relevante no tocante à prestação dos serviços como à forma de controle, que possui realce no viés financeiro (GABARDO, 2002).

3 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS COMO INSTRUMENTOS DA QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO

Em que pese alguma parte da doutrina atribuir o princípio da eficiência administrativa à reforma do Estado, instituída por intermédio da emenda constitucional nº 19/1998, que modificou a estrutura do art. 37, *caput* da Constituição Federal instituindo naquela *topografia normativa* a vinculação da administração pública à eficiência (FRANÇA, 2000), é preciso fazer um juízo de interpretação gramatical.

Isso porque o art. 74, inciso II do texto constitucional, desde a época da sua promulgação, atribui competência ao sistema de controle interno para comprovar e averiguar os resultados quanto

à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da administração pública. A intenção do legislador é determinar à administração pública a gestão por resultados, o que indiretamente a impulsiona em ser eficiente.

A eficiência se caracteriza pela relação do menor custo/benefício para alcançar os objetivos propostos pelo ordenamento jurídico, diferente da eficácia, que é uma medida pela qual se objetiva certificar até que ponto os resultados, metas e objetivos foram alcançados. Em uma relação de causa e efeito a eficiência possui relação com “como aconteceu?”, ao passo em que a eficácia com “o que aconteceu?” (BLIACHERIENE, 2016).

Os resultados quanto à gestão orçamentária e financeira merecem uma atenção maior ao intérprete porque em que pesem parecidos, aqueles ciclos de auditoria do gasto público são diferentes entre si.

A gestão orçamentária é a autorização do gasto; o permissivo legal proposto pelo Poder Executivo e aprovado pelo Legislativo, enquanto a gestão financeira diz respeito à própria atividade financeira do Estado.

A atividade financeira do Estado compreende receita, despesa, crédito público e administração do patrimônio *latu sensu* e se ramifica nas funções de arrecadação, de gestão e de aplicação de recursos públicos (ABRAHAM, 2018).

Para estruturar materialmente as políticas públicas que estão ao seu encargo, o Estado necessita de uma instrumentalização formal que acontece através do orçamento público, subdivido em 03 (três) tipos de leis distintas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O orçamento público possui uma função tridimensional que é estruturada em: a) função política, aquela em que se delimita a escolha política que desemboca na promulgação da lei; b) jurídica, diretriz vinculante para a administração pública por causa do princípio da juridicidade; e, c) econômica, forma de intervenção do Estado na economia através, por exemplo, da destinação financeira para realização de obras ou até mesmo em políticas de benefícios fiscais estudada pelo direito tributário pela função extrafiscal do tributo (TORRES, 2008).

O direito administrativo demonstra que a organização administrativa brasileira pode ser descentralizada no intuito de que as prestações dos serviços públicos sejam efetivadas com maior eficiência e para isso pode ser que a competência seja distribuída de uma pessoa para outra, como é o caso da criação de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A descentralização administrativa dos serviços públicos requer o reconhecimento, por parte do Estado, de um serviço público que lhe é próprio para transferi-lo a outra pessoa com personalidade jurídica própria a titularidade daquelas atribuições institucionais, cujo regime jurídico, a depender da natureza jurídica da entidade a ser criada, pode ser de natureza pública ou privada (DI PIETRO, 2020).

Estratégia de prestação de serviços públicos distinta é a desconcentração, caracterizada pela distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica cujo objetivo é potencializar a estrutura administrativa na persecução de um dos princípios basilares da administração pública, que é a eficiência administrativa.

É pela desconcentração que os entes políticos se organizam administrativamente sem a criação de outras personalidades jurídicas. As atribuições de competências serão distribuídas dentro de uma única pessoa jurídica e as repartições públicas são exemplos de desconcentração porque são centros especializados de competência (NOHARA, 2017).

No âmbito da política pública correlata à saúde o Ministério da Saúde é o principal referencial para a prestação daquela matriz de direitos fundamentais sociais e é responsável pela coordenação federativa da implementação, acompanhamento e controle das políticas públicas correlatas aquele assunto.

É sua função dispor as condições adequadas para a proteção e recuperação da saúde da população e para isso o seu escopo vai da vigilância à saúde à redução das enfermidades e por isso deve organizar e elaborar planos e políticas públicas para a promoção, prevenção e assistência à saúde.

Todavia, o direcionamento constitucional para a elaboração de ações requer além do planejamento institucional e envolve a necessidade da delimitação do seu custeio até porque para proteger e oferecer direitos, o Estado terá de gastar recursos oriundos da coletividade (HOLMES e SUSTEIN, 2019).

O custeio dos direitos é tão importante como a própria outorga constitucional pela efetivação dos direitos fundamentais sociais e a concessão daquela matriz de obrigações, por causa do seu caráter eminentemente intervencionista que obriga o Estado a agir diretamente pela promoção do bem de todos, deve levar em consideração os aspectos do seu financiamento.

Ciente disso o legislador constituinte impõe uma obrigatoriedade de indexação orçamentária mínima para o custeio da saúde e aquela estratégia prevista no art. 198, §2º, inciso I

do texto constitucional vincula a União a alocar, no mínimo, 15% (quinze por cento) da sua receita corrente líquida anual em ações e serviços públicos de saúde.

No caso dos Estados, Distrito Federal e Município a opção do constituinte foi de que aquela rubrica orçamentária fosse regulamentada por intermédio de lei complementar e o referencial normativo que dispõe sobre aquela equalização é a lei complementar nº 141/2012, especificamente os seus arts. 6º, 7º e 8º.

Caso o gestor público não cumpra com aquela previsão alocativa é possível que o Estado, Distrito Federal ou Município seja alvo de intervenção federal ou estadual (art. 34, inciso VI, alínea “e” da CRFB) e aquela vinculação atribuiu sentido operacional ao dever até então impreciso de assegurar “progressividade” à política de saúde (PINTO, 2017).

A estruturação normativa do Estado no que diz respeito ao direito à saúde possui uma característica de Estado Social, o qual requer a presença massiva do poder político nas esferas sociais onde cresceu a dependência do sujeito pela impossibilidade em que se encontra, diante de contextos alheios à sua vontade, de prover determinadas necessidades existenciais mínimas (BONAVIDES, 2013).

Assim, a intervenção orçamentária objetiva combater a escassez de oportunidades e possui correlação direta com a liberdade do sujeito. Como, por exemplo, o sujeito pode ser considerado livre se não possui condições plenas de incolumidade fisiológica. Em outras palavras: como exercer o direito à liberdade sem o direito à saúde?

Em termos de desenvolvimento do sujeito e do exercício da sua liberdade é necessária a oferta de condições mínimas para o desenvolvimento do sujeito. Veja-se outro exemplo: é logicamente impossível o indivíduo exercer o direito à liberdade de pensamento se não é alfabetizado; se não tem acesso ao direito à educação (BUCCI, 2006).

O art. 2º da Lei Orgânica do SUS prescreve a saúde como direito fundamental do ser humano e outorga responsabilidade ao Estado para garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Para isso deve administração pública formular e executar ações no campo da política econômica e social para reduzir o risco de doenças e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 2º, §1º).

Em um país de dimensão territorial como o Brasil a consecução do direito à saúde requer um diálogo institucional entre os entes e o federalismo cooperativo implica na cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação para que sejam estruturadas ações e serviços públicos de saúde (SANTOS, 2016).

Mas não basta tão somente destinar recursos àquelas ações. É preciso que sejam cobrados resultados qualitativos na promoção do bem de todos, sob pena das despesas serem inócuas e nesse cenário surge a exigibilidade da comprovação da qualidade do gasto público.

A qualidade do gasto público é um processo de validação por intermédio do qual são analisados os resultados das políticas públicas. Envolve, portanto, necessariamente, a comparação entre as premissas causadoras do planejamento e os resultados apresentados pela execução orçamentária/liquidação da despesa.

Abrange uma análise além da decisão política da escolha orçamentária e da ação administrativa pela destinação financeira porque requer um retorno de resultados ao desenvolvimento do indivíduo no sentido de lhe proporcionar a sua liberdade e especificamente no campo do direito à saúde implica na construção da dignidade, ou, em termos constitucionais, na construção de um país livre, justo e solidário, consoante objetivo fundamental da república prescrito no art. 3º, inciso I da Constituição Federal.

Nesse contexto a estruturação de uma política pública estratégica e descentralizada é de fundamental importância para o atingimento daqueles objetivos porque aquelas ações administrativas (políticas públicas) são atividades estatais unificadas que objetivam atingir uma finalidade pública e para isso se estruturam tanto em uma perspectiva de ordem legislativa (lei em sentido formal), como regulamentar e concreta (atos administrativos, infralegais) e contratual (SAAD, 2016).

No âmbito formal são estabelecidas as premissas de planejamento das políticas públicas por causa do princípio da juridicidade, que determina a obediência das ações administrativas ao que é prescrito pela jurisdição constitucional (SIQUEIRA, 2016).

Já no âmbito material o que se vê é exatamente a concretude e a operacionalização do Estado que deve promover atividades aptas a atingirem o interesse público. É o caso, por exemplo, da realização de concurso, contratação de servidores, construção de hospitais, compra de medicamentos e contratação de terceirizados envolvidos naquela cadeia de serviços públicos.

Como o direito à saúde é de competência administrativa comum, o que se vê é a atuação concomitante de todos os entes federados que devem se articular entre si, tendo em vista que em termos de responsabilização civil pela prestação daqueles direitos fundamentais sociais, consoante entendimento do STF e replicado em todo o sistema do Poder Judiciário, a obrigação é solidária.

Inclusive a Constituição permite a possibilidade dos entes estabelecerem convênios para a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241).

Nesse cenário é importante fazer uma distinção entre consórcios públicos e convênios administrativos, tendo em vista a sua similitude e naturezas jurídicas distintas.

A possibilidade de criação de consórcios públicos, que são instrumentos de gestão associada de serviços públicos balizados pela lei 11.107/2005, demanda um estudo estratégico do estado administrativo e das finanças do respectivo ente federativo consorciante antecedente a sua celebração, que é realizada por um documento solene intitulado protocolo de intenções (ARAÚJO, 2020).

Os consórcios públicos possuem como principal característica o acordo de vontades entre dois ou mais entes federativos que resulta na criação de uma pessoa jurídica específica para atingimento de um objeto comum com o objetivo de unir economicidade e eficiência na medida em que se ganha economia de escala pela convergência de interesses (FARIAS, 2017).

Os convênios administrativos, por sua vez, também são comunhão de interesses entre os entes federativos, mas que podem se estender aos particulares e não necessitam da criação de uma pessoa jurídica autônoma. Também é característica dos convênios administrativos a possibilidade de celebração entre órgãos da mesma pessoa jurídica e o vínculo jurídico naquela modalidade de ajuste não tem a rigidez própria das relações entre particulares. Dessa maneira é possível que cada pactuante denuncie o convênio diante do seu interesse específico (CARVALHO FILHO, 2020).

Por intermédio dos convênios administrativos, cuja parametrização está regulada no art. 116 da lei nacional nº 8.666/1993, os entes federados podem requerer transferências voluntárias, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira.

As transferências voluntárias, consoante o art. 25 da Lei Complementar Nacional nº 101/2000 são destinações financeiras que devem estar previstas previamente nas respectivas leis de diretrizes orçamentárias e exigem dotação orçamentária específica. Além disso, a rubrica

orçamentária que lastreia a destinação financeira não deve decorrer de determinação constitucional, legal e nem às verbas destinadas ao Sistema Único de Saúde.

Isso quer dizer que as transferências voluntárias são verbas que vão além do mínimo orçamentário de custeio da saúde previsto pela constituição federal, o que corrobora o entendimento de que existe a possibilidade das ações institucionais irem além do planejamento e garantem também o custeio daquele direito.

Nesse sentido, na perspectiva de descentralização dos serviços de saúde por convênios, como também balizada pela diretriz da competência comum de ações administrativas, ambas previstas pelas Constituição Federal, é possível, por exemplo, que a União financie a construção de uma unidade básica de saúde no limite territorial de um município através de um convênio administrativo (Acórdão 1426/2015-Plenário-Tribunal de Contas da União).

4 O CONTROLE INTERNO E A PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Como o planejamento do gasto público é balizado por lei através das leis orçamentárias e a sua execução possui como baliza os parâmetros estabelecidos pelas regras contratuais e ao que é disposto pelo art. 62 da lei nacional nº 4.320/1964, que normativa o regime jurídico da liquidação da despesa, é incontroverso o fato de que o controle da despesa pública é um ato eminentemente jurídico (SAAD, 2018).

O legislador constituinte estabelece uma estrutura ampla de controle do gasto público por intermédio do controle interno, do controle legislativo, do controle externo exercido pelos tribunais de contas, controle judicial e controle social e dentre aquelas espécies o foco deste trabalho é o controle interno.

O controle interno é balizado por intermédio do art. 74 da Constituição Federal e possui as seguintes diretrizes: a) avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; b) a comprovação da legalidade e a avaliação de resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração pública, bem como da aplicação dos recursos públicos por entidades de direito privado; c) o exercício do controle das operações de crédito, avais

e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e, d) apoiar o controle externo no exercício da sua missão institucional.

Em virtude da autonomia dos entes federados estabelecida pelo art. 18 da Constituição Federal, não existe uma lei nacional do sistema de controle interno, o que possibilita aos entes políticos, diante das suas especificidades, editarem os seus normativos próprios.

Contudo, a lei nº 10.180/2001, que organiza e disciplina os sistemas de planejamento e orçamento federal, de administração financeira federal e contabilidade federal, bem como o controle interno federal apresenta uma exceção em seu art. 2º.

Dentre os cinco incisos daquele artigo, 03 (três) ressoam do sistema de controle interno federal uma amplitude de jurisdição nacional: (i) formular o planejamento estratégico nacional; (ii) formular planos nacionais, setoriais, regionais de desenvolvimento econômico e social; e, (v) promover a articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando a compatibilização de normas e tarefas afins aos diversos sistemas, nos planos federal, estadual, distrital e municipal.

Dessa maneira, como não há pronunciamento do STF acerca do controle de constitucionalidade daquele dispositivo, a estruturação dos sistemas de controle interno da federação deve guardar pertinência temática com as premissas editadas pelo sistema de planejamento e orçamento federal, sob pena de ilegalidade.

A função administrativa do controle interno da despesa pública possui uma característica de controle financeiro porque envolve o monitoramento da execução do gasto público e se estrutura com a análise de resultados.

O processo de averiguação entre a prescrição legal e a efetiva execução da despesa, no âmbito do controle interno, não possibilita ao gestor público a anulação e/ou rescisão de determinado contrato administrativo. Oportuno informar que as possibilidades de rescisão de contrato administrativo de maneira unilateral pela administração pública estão previstas expressamente no art. 79 da lei nacional 8.666/1993 e não envolvem ilegalidade.

Assim, é importante diferenciar o autocontrole do controle interno. Ao passo em que o controle interno se ocupa da fiscalização dos recursos públicos sob a moldura do art. 70, *caput*, da Constituição Federal (legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas), o autocontrole diz respeito, substancialmente, ao poder de revisão dos atos da administração pública (CONTI e RAMOS, 2011).

O sistema de controle interno é um vetor para que a eficiência administrativa seja efetivada dentro do cânone das normas do regime jurídico-administrativo e o alcance material do gestor público em relação à prestação de direitos o qual é responsável deve ser realizado dentro do aspecto da juridicidade (FRANÇA, 2000).

Assim, não basta *tão somente* o gestor construir uma unidade de pronto atendimento, uma unidade básica de saúde, comprar uma ambulância, materiais hospitalares ou insumos de natureza farmacêutica. Ele precisa obedecer às regras orçamentárias, ao que é prescrito no regime jurídico das contratações públicas e também ao que prescreve a liquidação da despesa.

A eficiência administrativa do gasto público envolve a obediência a uma matriz normativa complexa que ainda deve ser validada pelos órgãos de controle a começar pelo sistema de controle interno.

No âmbito do gasto público o controle interno possui uma função tridimensional que se bifurca em assessoramento, consultoria e o próprio controle. O assessoramento diz respeito à organização da despesa de maneira estruturante e como o sistema de controle interno é responsável pela análise da legalidade e de resultados (art. 74, incisos I e II da CRFB), é preciso que o mesmo seja protagonista no processo de tomada de decisão do ordenador de despesa (ARAÚJO, 2019).

A função consultiva diz respeito à cadeia de agentes públicos que o gestor público possui para subsidiá-lo em seu processo de decisão, como é o caso do setor de logística (administração geral), da contabilidade, da assessoria jurídica e da presidência da comissão de licitações.

Através dela é possível uma visão panorâmica da efetiva demanda de determinado órgão público, da disponibilidade orçamentária e financeira para a realização do gasto, da *engenharia jurídica* apta a balizar segurança e do procedimento pelo qual determinada despesa pode ser feita. Isso porque a depender do caso pode ser realizada uma contratação direta ou por intermédio de alguma modalidade de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão ou regime diferenciado de contratações).

Por fim, a função de controle é aquela corretiva em que são averiguados o que foi planejado e a forma como está sendo executado o gasto público. É uma função em que se averigua a conformidade do gasto público à prescrição normativa e possui pertinência temática com o direito administrativo sancionador.

No âmbito da despesa com saúde os órgãos especializados prestadores daquelas políticas públicas devem, em sua comissão permanente de controle interno, observar se o gasto tem

pertinência com a teleologia do binômio eficiência e dignidade da pessoa humana, evitando assim despesas inúteis distantes do interesse público, como a terceirização de serviços de mão-de-obra para Organizações Sociais (OS's) e/ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) sem o devido estudo que demonstre que aquela opção foi melhor do que a realização de um concurso público (TCU, Acórdão nº 352/2016-TCU – Plenário).

No exercício da execução orçamentária compete ao controle interno estabelecer parâmetros de mensuração da aplicação de verbas conforme planejado e nos termos do art. 165, §10 da Constituição Federal e como a administração pública tem a obrigatoriedade em executar as programações orçamentárias, deve adotar os meios e medidas necessárias para isso com o objetivo de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade.

Fruto de uma discussão qualificada no âmbito do parlamento, a organização do orçamento público, por determinação do art. 165 da Constituição Federal, é de competência do Poder Executivo, que deve adequar as demandas da sociedade à capacidade financeira de custeio das finanças públicas.

Como o orçamento é um instrumento aprovado por lei, é lógica a dedução de que o mesmo é uma decisão política que deve ser obedecida, não devendo o Poder Executivo, responsável pela execução das ações administrativas de conteúdo gerencial, desobedecer ao que foi discutido e aprovado pelo parlamento.

Até porque no Estado Democrático de Direito o orçamento tem como intenção alocar os meios necessários para alcançar o fim constitucional do Estado, que possui viés na dignidade da pessoa humana como fundamento (TORRES, 2014).

Dessa maneira, é de fundamental importância a atuação do controle interno quanto à verificação da eficácia e da eficiência do gasto público e compete ao mesmo verificar se o que foi alocado em termos orçamentários efetivamente foi destinado no sentido financeiro. Em outras palavras: compete ao sistema de controle interno comparar a previsão da despesa, através do orçamento previamente aprovado, com a realidade da concretude do gasto, através da execução orçamentária que acontece pelo cronograma de desembolso financeiro.

Em termos de estruturação orçamentária a lei nacional nº 4.320/1964 estabelece que o orçamento deve ser executado em cotas trimestrais e na efetivação do gasto o monitoramento da despesa deve ser feito de maneira cíclica de acordo com o calendário de execução orçamentária (art. 50).

Aquele mesmo referencial legal também outorga competência para o controle interno verificar o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e também em termos de realização de obras e prestação de serviços (art. 79).

Isso quer dizer que a fiscalização para a realização da despesa ao longo de um exercício financeiro, portanto, é realizada em 04 (quatro) fases de acordo com aquele calendário trimestral e nesse contexto há outra preocupação concomitante: o monitoramento da efetiva realização das receitas, que é balizado por outro parâmetro legal.

O art. 9º da lei complementar nacional nº 101/2000 dispõe que o monitoramento da receita deve acontecer de maneira bimestral e se for o caso de queda ou frustração de receitas, a readequação das despesas deve obedecer, nos trinta dias subsequentes, os respectivos ajustes de limitação orçamentária e financeira, nos termos previamente estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias.

Dessa forma, existe um parâmetro normativo que moldura a realização da despesa e outro que limita o exercício da discricionariedade administrativa em relação à sua execução. O planejamento institucional através do orçamento previamente aprovado é a diretriz da despesa, enquanto o acompanhamento da arrecadação da receita ao longo da execução orçamentária é a referência da limitação para a discricionariedade administrativa.

Sobre a o exercício da discricionariedade administrativa do gasto público é importante registrar a diferença entre ato administrativo e atos materiais inerentes à sua execução. Isso porque a ação material da administração pública é um fato eminentemente jurídico-administrativo e a insuficiência da sua execução, em que pese não induzir a sua invalidade, legitima a responsabilização do Estado (FRANÇA, 2000).

Uma vez aprovada a despesa por intermédio da promulgação do orçamento público, resta configurada a expectativa pela realização de um direito que nem sempre é condizente com a realidade da execução orçamentária.

Assim, em que pese válida porque obedeceu às regras formalísticas do processo legislativo, justa porque proposta pelo Poder Executivo e discutida e aprovada pelo Legislativo, pode ser que a despesa existente no plano jurídico não possua caráter de eficácia, o que a torna passível de exigibilidade.

Sobre justiça, validade e eficácia da norma jurídica, o problema da eficácia de uma norma é aquele correlato ao fato dela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (BOBBIO, 2005).

Deve, pois, o ordenador de despesa obrigatoriamente executar a previsão orçamentária se há acessibilidade financeira às políticas públicas que estão ao seu encargo e a única discricionariedade que possui é em relação a qual trimestre fazê-lo, conforme o cronograma de desembolso.

No campo da despesa pública, os destinatários da norma jurídica devem obedecer às suas prescrições legais, salvo intempéries previstas pelo ordenamento jurídico e documentalmente provadas através do sistema de avaliação da gestão pública, que é balizado por intermédio de balanço orçamentário, financeiro, patrimonial e a demonstração das variações patrimoniais (art. 101 da lei 4.320/1964).

Aquele processo de validação é realizado pelo sistema de controle interno, que atua direta e concomitantemente com a execução orçamentária e caso haja problemas correlatos à efetiva arrecadação de receita, surge a possibilidade, como instrumento de equilíbrio das contas públicas, de se contingenciar momentaneamente a execução orçamentária.

Entretanto aquela regra trazida pela lei complementar nacional nº 101/2000 comporta uma exceção fundamental para a matriz de direitos fundamentais sociais porque excetua do contingenciamento as obrigações constitucionais do ente, como é o caso do custeio do direito à saúde, a teor da indexação mínima orçamentária (art. 9º, §2º).

A mensuração da qualidade do gasto público com o direito à saúde pelo sistema de controle interno implica dizer que o mesmo deve atuar de maneira diligente em todos os processos que envolvam aquele tipo de gasto e isso não envolve somente a materialidade concreta da despesa pública.

Como o direito à saúde é classificado como uma norma de direito fundamental social é imprescindível a sua delimitação no campo das normas programáticas, que são aquelas pelas quais o constituinte, no lugar de regular direta e imediatamente as suas particularidades, apenas traçou princípios a serem cumpridos como programas das respectivas atividades, com o objetivo de realizar os fins sociais do Estado (AFONSO DA SILVA, 2000).

Uma vez que os seus atos de gestão são controlados, dentre outros critérios, pela eficiência administrativa, deve o ordenador de despesas conviver diariamente com o binômio discricionariedade e eficiência. Até porque as políticas públicas são ações constitucionais de Estado estruturantes que obrigam o governo, em tempo hábil, a agendar e implementar as obrigações constitucionais que estão ao seu encargo (FREITAS, 2014).

Só assim se alcança a promoção do bem de todos, objetivo fundamental da república.

O controle interno, portanto, é uma ferramenta basilar da eficiência administrativa da execução orçamentária, sobretudo no campo da saúde, direito que colabora para o desenvolvimento do bem de todos e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Uma das suas funções é a diligência constante sobre a destinação financeira do que foi autorizado no orçamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é um direito de todos e obrigação do Estado. Entretanto o oferecimento daquela matriz de direitos fundamentais sociais, que possuem natureza jurídica de direitos prestacionais e, por isso, exigem demasiada ação interventora do Estado, precisa de um planejamento adequado apto a proporcionar a maximização dos recursos públicos.

Como envolve a dignidade da pessoa humana, fundamento da república, a promoção do bem de todos, um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro e a concretização da igualdade em sentido material, o custeio do direito à saúde requer uma destinação vultosa de recursos públicos.

Ocorre que como direitos não nascem em árvores, é de fundamental importância que o gestor público planeje ações aptas a pavimentarem o oferecimento de serviços públicos com caráter universal e o trabalho identificou que a descentralização das ações administrativas é uma das estratégias pensadas pelo ordenamento jurídico em relação à promoção do direito à saúde.

A promoção do direito à saúde é instrumento de desenvolvimento do sujeito sem o qual o mesmo não consegue atingir a sua liberdade plena e o oferecimento de uma cadeia de serviços públicos aptos a estruturarem ações estatais no direito à saúde resulta na efetivação da igualdade material, estratégia jurídica em que o Estado intervém diretamente para combater as desigualdades entre os sujeitos em uma tentativa de nivelá-los com oportunidades para o seu desenvolvimento.

Constatou-se que desde a época da promulgação da Constituição Federal o legislador expressa uma clara e objetiva preocupação com a administração por resultados e exemplo disso é a diretriz para o funcionamento do sistema de controle interno, que deve comprovar a legalidade do gasto público e avaliação de resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos recursos públicos.

A descentralização da estrutura administrativa em ramificações de competências funcionais é uma estratégia de promoção à eficiência porque resulta na capilaridade da atuação do poder público,

Essa atividade fragmentadora *interna corporis* é uma possibilidade ventilada pelo texto constitucional e uma praxe adotada por todos os entes federados porque consegue dar vazão à intensa demanda de serviços públicos, sobretudo no campo da saúde.

Identificou-se no trabalho que a cooperação entre os entes políticos, característica do federalismo brasileiro, é uma estratégia que potencializa a utilização de recursos por intermédio da utilização da economia de escala, razão pela qual o legislador constituinte possibilitou expressamente nos termos do art. 241 do pacto social a possibilidade de ajustes administrativos para a gestão associada e conjunta de serviços públicos.

A instituição de convênios administrativos, por exemplo, é uma forma mais simples de gestão coletiva de serviços públicos e pode até mesmo acontecer entre órgãos de uma mesma pessoa jurídica e a sua concretização acontece por intermédio das transferências voluntárias, que são repasses financeiros de um ente para outro desde que haja um planejamento prévio de atividades administrativas cujo ponto de intersecção seja o interesse público.

Dessa maneira se percebeu que em relação ao custeio do direito à saúde, o ordenamento jurídico traz uma estratégica preocupação do legislador em garantir um custeio adequado àquela política pública estruturante.

No que diz respeito ao controle do gasto público, foi destacado que o sistema de controle interno se apresenta como a primeira referência de supervisão da despesa pública, devendo, pois, o gestor guardar estrita pertinência institucional à sua prescrição.

Como compete ao controle interno avaliar os resultados apresentados pela execução orçamentária de acordo com o que foi planejado anteriormente e apontar eventuais falhas quanto à prestação de políticas públicas como forma de aperfeiçoamento da gestão, o trabalho buscou evidenciar a importância daquela política pública na promoção da qualidade do gasto público.

Por fim, a presente pesquisa constatou que a matriz obrigacional da administração pública em relação aos direitos fundamentais sociais possui correlação direta com o princípio da eficiência administrativa e o sistema de controle interno é um impulso para o aperfeiçoamento da qualidade do gasto público.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2018.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2000.

ARAÚJO, Mário Augusto Silva. Consórcios públicos: a alternativa do federalismo ao estado de crise fiscal. **Revista Digital Consultor Jurídico**. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-03/opinio-consorcios-publicos-alternativa-crise-fiscal>. Acesso em: 04 jul. 2020.

ARAÚJO, Mário Augusto Silva. A EC 100/2019 e a importância do controle interno no planejamento orçamentário. **Revista Digital Consultor Jurídico**. Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/mario-araujo-importancia-controle-interno-orcamento>. Acesso em: 04 jul. 2020.

BLIACHERINE, Ana Carla. **Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª edição. São Paulo/SP: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**. 6ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2013.

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

BRASIL. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm acesso em 22 jul.2020.

BRASIL. **Lei 11.107, de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101/2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 034.411/2013-5. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. **Diário Oficial Eletrônico.** Brasília, 10 jun. 2015. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1426%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=fe453dd0-d370-11ea-a684-1d4c01e5d435 acesso em 22 jul.2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 017.783/2014-3. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. **Diário Oficial Eletrônico.** Brasília, 24/02/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/*/NUMACORDAO%253A352%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=9a8ba670-d371-11ea-b80a-3f6139c7a279 acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45. Relatoria: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 29/04/2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2> acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178. Tema de Repercussão Geral 793. Pleno. Relatoria: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 16/04/2020. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=90&dataPublicacaoDj=16/04/2020&incidente=4749504&codCapitulo=5&numMateria=49&codMateria=1> acesso em 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Pleno. Relatoria: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de abril de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=180&dataPublicacaoDj=20/07>

/2020&incidente=5880765&codCapitulo=6&numMateria=113&codMateria=2 acesso em 22 jul. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo/SP: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 3, n. 3, p. 542-557, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614/116692>. Acesso em: 04 jul. 2020.

CARVALHO, André Castro. CONTI, José Maurício. O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal. **Revista de Direito Público**, [S.I.], v.8, n. 37, abr. 2012, Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1845>. Acesso em: 04 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo e dignidade da pessoa humana**. Revista Digital de Direito Administrativo, v.1, n.2, p.260-279, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74853/85755>. Acesso em: 04 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2020.

FARIAS, Talden. Consórcios públicos, federalismo cooperativo e intermunicipalidade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte/MG, ano 17, n. 70, p. 237-255, out/dez 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/499>. Acesso em: 04 jul. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 165-177, abr. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532>. Acesso em: 04 jul. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro/RJ. Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2014.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo/SP: Editora Dialética, 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos do Direito. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro/RJ: 2005.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais. Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2012.

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

NOHARA, Patrícia. **Direito Administrativo.** 7ª edição. São Paulo/SP. Atlas, 2017.

PINTO, Élide graziene. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação. uma perspectiva constitucional.** 1ª reimpressão. Belo Horizonte/MG. Fórum, 2017.

SAAD, Amauri Feres. **Regime Jurídico das Políticas Públicas.** São Paulo/SP: Malheiros, 2016.

SAAD, Amauri Feres. **Do Controle da Administração Pública.** IASP: São Paulo/SP, 2019.

SANTOS, Ricart Coelho dos. **O Financiamento da Saúde Pública no Brasil.** Belo Horizonte/MG: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre/RS, Livraria do Advogado, 2002.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse Público no Direito Administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira.** Revista dos Tribunais: São Paulo/SP, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Volume V. O Orçamento na Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

THE REGULATORY FRAMEWORK OF THE RIGHT TO HEALTH: ORGANIZATION, EFFICIENCY AND INTERNAL CONTROL

ABSTRACT

The concept of Rule of Law implies that public administration activities must be guided by previously established legal criteria, having the Federal Constitution and the Brazilian social pact as main reference, which lists as a fundamental social right, of a service character, the public services related to health, capable of providing the development of the individual. More than establishing programmatic standards, the constituent determines a minimum budget commitment to support that administrative activity and if a State, Federal District or Municipality disobeys that minimum budget, it

can even suffer federal intervention, a sensitive constitutional principle of the federative form of State. This article intends to delimit the regulatory framework for the right to health by identifying the main normative references that regulate it, as well as presenting instruments of efficiency and control of budgetary execution. For this, a deductive method was used through research on positive law, jurisprudence and specialized doctrine.

Keywords: Right to health. Efficiency and control.

O NE BIS IN IDEM E O PRINCÍPIO DO DESCONTO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Bráulio Gomes Mendes Diniz⁹¹

RESUMO

O texto analisa os possíveis reflexos das novas regras de direito público incluídas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na efetivação do princípio do *ne bis in idem*. Na parte inicial, destacam-se aspectos mais gerais que podem trazer alguma insegurança jurídica, como a sujeição a interpretações consequencialistas das três diferentes esferas mencionadas na lei, em especial pela menção a uma subespécie de instância administrativa, que seria a controladora, o que expõe a efetiva existência de um *bis in idem* no ordenamento jurídico em matéria de controle no Brasil. Apesar disso, destaca-se a adoção do denominado princípio do desconto ou da compensação no art. 23, §3º, da Lei, o que suaviza o *bis in idem* então existente. Por fim, apresenta-se um caso hipotético de fraude em licitação para demonstrar de que forma aplicação do princípio do desconto seria possível para as sanções de mesma natureza aplicadas em diferentes processos nas esferas judicial, controladora e administrativa.

Palavras-chave: *Bis in idem*. LINDB. Sanção. Dosimetria. Princípio do desconto.

1 INTRODUÇÃO

A tradição jurídica brasileira admite a coexistência de diferentes instâncias de processo e julgamento, notadamente a penal, a civil e a administrativa. Disso resulta a possibilidade de que um mesmo fato seja apurado e julgado três vezes sem a garantia de que o resultado seja uniforme dada a regra de incomunicabilidade dessas instâncias, apenas excepcionada quando a esfera penal reconhece de forma peremptória a inexistência do fato ou a negativa de autoria. A ora denominada

⁹¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Subprocurador-Chefe da Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte. Email: braulioogmd@gmail.com.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁹² tornou mais complexa essa questão ao mencionar a existência de uma instância – ou “esfera”, nos termos da lei – controladora.

Em linhas gerais, o objetivo das alterações na LINDB foi conferir maior segurança jurídica na aplicação das regras de direito público, forçando os diferentes órgãos públicos a expor argumentos de ordem prática e casuística nas suas decisões. Com essa técnica de argumentação, o gestor público tem não só uma diretriz interpretativa quanto a sua atuação em casos difíceis ou de escolhas trágicas (análise *ex ante*, de tomada da decisão) como pode acessar os fundamentos de ordem pragmática usualmente adotados pelos órgãos controladores em suas decisões (análise *ex post*, de controle), o que tende a gerar certa previsibilidade quanto à posição dessas instâncias em casos futuros.

Além dessa preocupação de ordem argumentativa, a LINDB introduziu critérios para a responsabilização dos gestores e um deles consiste justamente no objeto do presente estudo: a necessidade de que as diferentes instâncias (ou esferas) considerem na aplicação das sanções os efeitos das eventuais sanções de mesma natureza aplicadas anteriormente por outros órgãos. No estudo teórico do princípio do *ne bis in idem*, essa sistemática pode ser definida como princípio do desconto ou da compensação, o que permite antecipar duas características da LINDB: i) a institucionalização do *bis in idem*, por meio do reconhecimento de que é possível aplicar penalidade à mesma pessoa pelos mesmos fatos nas diferentes esferas (administrativa, judicial e controladora); e ii) uma solução intermediária de mitigação desse *bis in idem* pelas referências à proporcionalidade e à compensação (ou desconto).

O presente trabalho tem por objetivo evidenciar esses dois aspectos da LINDB: por um lado, reconhecendo uma possibilidade de múltipla penalização, inclusive duas em diferentes âmbitos administrativos (esferas administrativa e controladora); e, por outro, estabelecendo uma regra de dosimetria para que as sanções dessas esferas se compensem, o que será de grande relevância para casos de multas pecuniárias, ressarcimentos e penalidades restritivas de direitos, comuns nas duas esferas supracitadas. Ao final, apresenta-se um caso hipotético de fraude em licitação em que se verifica a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* bem como da compensação de que trata a LINDB.

⁹² Trata-se do Decreto-lei nº 4.657/42, antigamente denominado Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e daqui por diante referido apenas como LINDB, dispensando-se novas referências bibliográficas de modo a evitar a mera repetição. Toda a legislação ordinária citada está disponível em BRASIL. Portal de Legislação. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 27 out.2019.

2 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O *NE BIS IN IDEM*

Em 25 de abril de 2018, foi editada a Lei nº 13.655/2018, que, na dicção de sua própria ementa, “[i]nclui[u] no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.” Trata-se, mais especificamente, da inclusão dos arts. 20 a 30 da Lei, que foram seguidos de regulamentação pela Administração Federal por meio do Decreto nº 9.830/2019.

Não é necessário grande esforço para identificar o objetivo da norma, eis que expresso na sua própria ementa. A questão mais desafiadora consiste em saber os meios que foram previstos para se alcançar aquela finalidade, o que fica mais claro na reiterada menção à necessidade de motivação das decisões. Já no art. 20 se estabelece uma proibição de motivação abstrata: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” A mesma ênfase é adotada no Decreto nº 9.830/2019, cujas primeiras disposições tratam de critérios de motivação da decisão.

O que a LINDB fez em matéria de direito público nada mais foi do que reforçar a demanda por argumentação que penetrou em toda a dogmática jurídica após a superação do dilema entre juspositivismo e jusnaturalismo, “ambos prisioneiros da ideia racionalista do sistema fechado”, então substituídos pela noção de “abertura do sistema” e pelo “mote: argumentar no sistema aberto! [...] inscrito tanto na hermenêutica como na teoria da argumentação.” (KAUFMANN, 2015, p. 148).

Um dos efeitos dessa transformação foi a construção de variadas teorias da argumentação jurídica cujo objetivo era justamente dar forma, previsibilidade e coerência ao modo discursivo como o direito seria aplicado, não mais contido no aspecto rígido meramente subsuntivo, revelado limitado diante de uma sociedade complexa e pluralista (ATIEZA, 2012, p. 53-66). Existe ainda um aspecto democrático na construção dessa forma de argumentação, na medida em que se permitem aos cidadãos analisar criticamente a pertinência do conteúdo decisório (concretização da norma abstratamente editada) com as expectativas normativas depositadas quando da edição

daquela norma, figurando o sistema jurídico como estabilizador daquelas expectativas de comportamentos (HABERMAS, 1997, p. 241-247).

Em termos mais gerais, portanto, a abertura sistêmica cobra do legislador a utilização de normas mais abertas. A fim de evitar uma perda democrática na aplicação do direito abertamente concebido, cobra-se dos aplicadores um reforço argumentativo. Ao que parece, a LINDB vem se acoplar a uma ideia já bastante corrente no direito constitucional – e no direito em geral – de abertura sistêmica e flexibilidade, exigências da complexidade social moderna. Isso exige novas formas de lidar com as normas jurídicas, de modo que as inovações da LINDB são bastante coerentes com o que ZAGREBELSKY (2011, p. 9-10) reconhecia ser uma tendência de modificação ainda não assimilada pelos juristas:

[...]. De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica. Se pone en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente.

Se podría decir simplificadaamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas.

No mesmo sentido genericamente aplicado ao direito na forma supracitada, a impressão é de que os novos ares do Estado constitucional ainda não penetraram nos ambientes de aplicação das normas de direito público. Esse novo cenário não mais tolera decisões administrativas genericamente fundamentadas no interesse público nem admite, por conseguinte, que os gestores que assim decidiram sejam condenados a pagar multas ou à perda de direitos políticos com base em decisões genericamente fundamentadas nos princípios da moralidade ou da impessoalidade ou em alegações descontextualizadas de violação ao princípio da eficiência ou da economicidade.

Parece ser esse o foco de transformação da LINDB quando exige um reforço argumentativo de todos aqueles que manejam as normas de direito público, muitas vezes estruturadas em torno de conceitos jurídicos indeterminados, abertos e abstratos, mas carentes de uma concretização argumentativa mais pragmática e menos idealista (JORDÃO, 2018). O grande problema que surge da técnica adotada pela LINDB refere-se aos critérios escolhidos pela norma para adoção de uma ou outra decisão. Nesse aspecto, ao citar reiteradamente as consequências práticas, jurídicas e alternativas possíveis como critérios para decisão (arts. 20 e 21), a norma deixou abertas

possibilidades variadas de avaliação de um mesmo fato, notadamente consideradas as diferentes expertises das esferas judicial, administrativa e controladora.

Ao identificar a técnica da LINDB como uma argumentação consequencialista, LEAL (2016, p. 28) adverte que um mesmo caso estará sujeito a diferentes decisões conforme seja a capacidade do agente de fazer uma adequada prognose da situação:

Trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incerteza. O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. Em tese, o que o projeto de lei sugere é que tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. Se, para dizer com Luhmann, existe uma assimetria insuperável entre o futuro presente e o presente futuro, a validade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado. Por isso, a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?

Das considerações acima, fica evidente a possibilidade de coexistirem diferentes decisões nas esferas judicial, controladora e administrativa mesmo diante de uma mesma situação. Imagine-se um caso de inexigibilidade de licitação pelo caráter eminentemente singular de um serviço de tecnologia da informação, o que levara o gestor a concluir pela impossibilidade de se instaurar um procedimento competitivo, hipótese atualmente prevista no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Se for considerada a base informacional limitada do gestor, como o de um pequeno município, a decisão pode ser considerada legítima na esfera administrativa, que aprovará técnica e juridicamente aquela contratação direta de licitação. Conclusão diferente poderá ser tomada quando a mesma questão for submetida à análise de uma área específica do órgão de controle responsável por fiscalizar questões afetas à tecnologia da informação, dada sua maior expertise e, com isso, a existência de uma base informacional mais elevada, que a levará a concluir que o serviço era perfeitamente licitável e assim teria o gestor incorrido em ilícito administrativo e penal de dispensa indevida de licitação.

Deve-se considerar que, no controle judicial ou administrativo desse ato de dispensa de licitação, de acordo com a LINDB, as respectivas esferas deverão necessariamente levar em conta as circunstâncias práticas que limitaram a ação do gestor (art. 22, §1º), assim como as consequências jurídicas e administrativas dessa decisão, como previsto no art. 21 da mesma Lei. Não mais se falando de uma decisão do gestor, mas de seu controle *a posteriori*, num exercício de prognose de alternativas e consequências, é possível que o órgão de controle desconsidere a

relevância das consequências jurídicas assim como não será de todo incomum que a esfera judicial ignore a relevância das consequências administrativas, consideradas as expertises de cada um em suas respectivas áreas.

Essa diferença de base informacional utilizada pelas diferentes esferas (judicial, administrativa e controladora) no controle de atos administrativos tem grande pertinência na medida em que se admite a existência de uma inerente assimetria de informação nas questões decididas. Referida assimetria intensifica-se num contexto de “complexidade material e institucional da administração pública contemporânea” (JORDÃO: 2016, p. 33-41).

Para exemplificar essas informações assimétricas inerentes ao controle dos atos numa administração complexa, citam-se dois exemplos. Imagine-se que o ato controlado é uma licitação ou sua dispensa para uso compartilhado de redes de telecomunicações. Nesse caso, presume-se que as consequências práticas ou administrativas sejam melhor avaliadas pela respectiva agência reguladora licitante. Contudo, num segundo exemplo, se essa mesma agência decide realizar uma licitação para contratar serviço comum de transporte para seus servidores e adota uma solução que reputa economicamente mais vantajosa, é possível que a esfera controladora tenha mais expertise para opinar, dada sua maior base informacional quanto a essas questões administrativas ordinárias.

Num contexto de administração pública complexa, a inerente assimetria de informações entre as esferas administrativa, controladora e judicial pode até mesmo contribuir para uma deferência das esferas controladoras e judicial a decisões administrativas em temas muito específicos, como sugere STEPHENSON (2006), para quem uma substancial argumentação técnica, mesmo impondo um alto custo procedimental, tende a sinalizar para o controlador menos informado que a referida decisão possui uma alta qualidade e por isso deve ser mantida, ainda que os julgadores não tenham capacidade técnica de compreender as questões discutidas em detalhes, limitando-se a verificar a quantidade, a qualidade e o custo das informações produzidas pelas agências, mas não seu conteúdo⁹³.

⁹³ Alguns trechos em que isso fica mais evidente: “Agencies anticipate and attempt to satisfy judicial demands for detailed explanations of policy choices, even though the reviewing courts are not competent to assess whether these explanations are correct.” (p. 15). Em tradução livre: “As agências antecipam e tentam atender às demandas judiciais por uma motivação detalhada para as escolhas políticas, embora a corte revisora não seja competente para avaliar se esses motivos estão corretos”. “The judiciary’s institutional limitations make this asymmetric information problem difficult to overcome. Even if judges demand and receive an explanation from the government agent whose decision is under review, judges may be limited in their ability to interpret or evaluate the information contained in such an explanation.” (p. 41-42). Novamente em tradução livre: “As limitações institucionais do judiciário tornam esse problema de informação assimétrica difícil de superar. Ainda que juízes exijam e recebam as motivações do agente

Fica evidente, portanto, a possibilidade de que juízos consequencialistas baseados em prognose e ranqueamento de alternativas feitos por órgãos com diferentes expertises tendam a gerar decisões conflitantes. Se a absolvição administrativa vier seguida de uma condenação judicial, isso decerto causará perplexidade, e não deve ser diferente quando haja uma cumulação de decisões uniformemente condenatórias, cenário este último que demanda a análise do princípio do *ne bis in idem*.

A invocação do referido o princípio torna-se ainda mais relevante quando considerado que ele não veda apenas a dupla penalização da mesma pessoa por um mesmo fato, mas inclusive que ela seja processada duplamente por esse mesmo fato. Embora não conste de forma expressa na Constituição Federal, o princípio integra o rol de direitos fundamentais pela extensão constitucionalmente prevista no seu art. 5º, §2º. A partir dele incorporam-se ao rol dos direitos fundamentais constitucionais os seguintes dispositivos: art.14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 678, de 1992, a seguir transcritos:

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
Artigo 14

[...]

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

[...]

Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica
Artigo 8. Garantias judiciais

[...]

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

[...]

Num cenário de sobreposição de instâncias penalizadoras das três esferas citadas na LINDB, o princípio do *ne bis in idem* carece de releitura para evitar penalização indevida e até mesmo inútil, ainda que severa. A atuação da esfera controladora, em face de sua expansão recente no Brasil, é objeto de análise específica por SABOYA (2018), especialmente quando trata da competência para acordos de leniência e da segurança jurídica que eles exigiriam, não podendo ser

violados por outras instâncias – ou esferas, como prefere a LINDB -, de modo que o *ne bis in idem* seria condição fundamental para a eficácia desses instrumentos legais.

Muitos dos argumentos utilizados por SABOYA baseiam-se nas normas internacionais supracitadas e em julgados no âmbito da União Europeia. No que tange às normas internacionais especificamente aplicáveis ao Brasil e transcritas mais acima, verifica-se que o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos respeita a autonomia da legislação de cada país ao explicitar que a vedação deve ocorrer, “em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, foi objeto de análise específica pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reiterou a possibilidade de penalização em diferentes instâncias já tradicionalmente admitida no ordenamento jurídico brasileiro, veiculando o julgado em publicação anotada da norma internacional⁹⁴:

Em formulação rasa, o princípio do *non bis in idem* vedaria a persecução sancionadora (penal ou administrativa), com a imposição ao acusado de duas ou mais sanções, tendo como fundamento os mesmos fatos apurados em processo prévio. De forma análoga, o princípio em questão vem especificado no Pacto de São José da Costa Rica, no art. 8.4, ao impor-se a vedação da instauração de novo processo, pelos mesmos fatos, contra acusado absolvido por sentença passada em julgado. Muito embora a interpretação literal do dispositivo faça referência à impossibilidade de dupla persecução, após uma sentença absolutória, em razão dos mesmos fatos, deflui da evolução do princípio a sua aplicação às hipóteses em que há prévia imposição de sanção pelos mesmos fatos praticados pelo acusado. (...) A tradição do sistema brasileiro tem admitido, portanto, em circunstâncias excepcionais, a possibilidade de aplicação de sanções a acusado submetido a processos administrativos distintos que tratam dos mesmos fatos. Não se verifica, a rigor, uma estrita aderência à tese de que seria inviável a aplicação de mais de uma sanção pelos mesmos fatos praticados. (...) tem-se admitido a aplicação de sanções cumulativas em processos administrativos distintos, em relação a mesmos fatos, fundamentos e sujeitos, em hipóteses em que há independência de instâncias ou (ii) complementaridade nas sanções aplicadas. (...) Na hipótese ora examinada, e nos termos já relatados, discute-se a respeito da possibilidade de acumulação de sanção eventualmente a ser efetivada pelo CNMP com a sanção devidamente implementada por parte do Senado Federal. (...) o processo administrativo disciplinar que apura a conduta do membro do Ministério Público não se confunde com o processo administrativo próprio das casas legislativas. As funções, prerrogativas, deveres, e, conseqüentemente, as responsabilidades inerentes ao Ministério Público exigem conformação sancionatória própria, com o específico propósito de resguardar a legitimidade de tal relevante mister. [STF. MS 32.788, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 5-12-2017, DJE 20-3-2018.]

Ainda que à primeira vista se possa achar exagerada ou rigorosa a possibilidade de múltipla penalização prevista na tradição do direito brasileiro, em sua defesa é importante destacar dois pontos: i) a própria fonte normativa do princípio *ne bis in idem*, que é o instrumento jurídico

⁹⁴ A publicação está disponível tanto para consulta integral como para busca por artigos em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional>. Acesso em: 27 out. 2019.

internacional, remete às leis nacionais; e ii) não só a existência, mas a efetiva aplicação das leis de um país (sejam as punitivas sejam as absolutórias) compõem um dos pilares das instituições locais, logo são condição essencial para o seu desenvolvimento.

Concebidas as instituições como as regras do jogo que moldam o comportamento de determinada sociedade, não é possível abrir mão dessas normas de execução (*enforcement*), sendo elas um dos tripés em que se sustenta a teoria do desenvolvimento baseada no estudo das instituições (NORTH, 2018, p. 99-109). Num país cuja trajetória ainda é marcada por uma sensação de não aplicação de suas leis – tema genérica e muitas vezes retoricamente abordado como “impunidade” -, pode ser significativo o impacto da não execução das normas em vigor que há muito estruturam uma tradição de multiplicidade de instâncias punitivas para atos ilícitos.

Assim, a configuração internacional do *ne bis in idem*, que remete a uma conformidade com as regras de cada país, releva a necessidade de ajuste do princípio a cada cultura, o que foi expressamente respeitado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quando previu que tal se desse “em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”, ou seja, nos termos em que o direito nacional estrutura autônoma e soberanamente suas instituições.

Assim, se ordenamento jurídico de um país, como o Brasil, indica, por exemplo, que a fraude à licitação sujeita uma pessoa jurídica e seus agentes (sócios-administradores) a sanções penais e se esse mesmo ordenamento determina a punição da pessoa jurídica com a proibição de contratar com o poder público, além das multas devidas, estas são as regras do jogo concebidas para tornar o ambiente competitivo das compras públicas um mercado virtuoso. Se a quebra dessas regras ocorre em conluio com agentes públicos da entidade licitante, tal medida ativa não só a possibilidade de atuação das esferas judicial e administrativa, mas também da controladora, cada qual zelando por bens jurídicos específicos, sejam eles a probidade, a concorrência ou a economicidade.

No caso do Brasil, como acima registrado, há uma tradição jurídica de se admitir o *bis in idem*. O que acontece depois da LINDB não é uma reversão completa nesse cenário, mas apenas a suavização, de modo que a regra de dupla penalização passa se submeter a alguma forma de atenuação, como reconhecem MARQUES NETO e FREITAS (2018), ao reconhecer e reiterar que “o *bis in idem* já foi consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É uma realidade.”, ponderando, contudo que “a nova LINDB vai de encontro aos efeitos provocados” por essa ideia consagrada no direito brasileiro. A análise do art. 22 da LINDB no sentido de um *ne bis in idem*

reconhecido, porém atenuado, também é feita por JORDÃO, quando afirma que a norma “*não proíbe o bis in idem [...]. [...] impacta o quantum da sanção posterior*, mas aquela não impede esta” (2018, p. 87, destaques no original).

Em casos de ilícitos mais graves, deve-se considerar o princípio da subsidiariedade que rege o direito penal (*ultima ratio*), quando exige que a conduta danosa atravesse todas as demais esferas de ilícito, viabilizando em tese a aplicação de penalidades por todas essas esferas previstas na LINDB antes da sanção penal. Foi a partir do reconhecimento dessa cumulação legítima de sanções previstas no ordenamento jurídico brasileiro como decorrência da prática de um mesmo fato pela mesma pessoa que as recentes alterações procuraram mitigar essa cumulação com a ideia da compensação, em dispositivo que convém ser transcrito: “§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”.

Note-se que o dispositivo exige uma tríplice identidade: não só deve ser (i) o mesmo agente (“aplicadas ao agente”) do (ii) “mesmo fato” em questão, mas as sanções também devem ser (iii) “da mesma natureza”, ou seja, o ressarcimento (natureza reparadora) posterior deve ser compensado com o anterior, fazendo-se o mesmo com a multa (natureza pecuniária) e com uma possível interdição de direitos, como o de ocupar cargos públicos ou de contratar com o poder público por certo tempo.

Numa análise teórica do *bis in idem*, essa técnica é denominada princípio do desconto ou da compensação e está previsto no direito comunitário europeu, como reconhece SABOYA (2019, p. 90) ao analisar o referido dispositivo da LINDB:

Importante registrar que esse dispositivo legal assemelha-se ao princípio do desconto de que trata o disposto no art. 56 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, ao permitir a compensação de sanções previamente impostas pelos mesmos fatos.

Analisa-se no próximo tópico um caso hipotético de fraude em licitação e aplicação do referido princípio.

3 O CASO DAS FRAUDES EM LICITAÇÕES

Propõe-se aqui analisar caso hipotético de fraude em licitação resultante de conluio entre uma empresa⁹⁵ e um agente público em prejuízo da Administração. Suponha-se, por exemplo, que o caso envolva algum tipo de prejuízo ao erário, seja por contratação superfaturada em que os envolvidos se apropriam do valor maior indevidamente cobrado (enriquecimento ilícito) seja por não se ter contratado o menor preço para favorecer a empresa vencedora (prejuízo ao erário). Nesse caso, deve-se trabalhar com três diferentes tipos de apenados: a pessoa jurídica, doravante denominada apenas empresa; o responsável por essa pessoa jurídica, a partir daqui somente descrito como empresário; e o agente público envolvido.

Antes de avaliar especificamente o caso, insta esclarecer que as licitações para compras e serviços no Brasil – afastada as hipóteses mais complexas, como concessões ou parcerias público-privadas – ocorrem por três subsistemas regidos por diferentes normas: uma norma geral, qual seja, a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93 – LGL); e duas normas específicas, no caso, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002 – LP) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2001 – RDC). Essas três leis se relacionam e complementam formando uma espécie de sistema de contratações públicas e seus subsistemas (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 33-44), no entanto essa relação ocorre em diferentes intensidades: a LP previu expressamente a aplicação subsidiária da LGL no seu art. 9º; já o RDC afastou expressamente a LGL, a menos que expressamente prevista sua aplicação na norma (art. 1º, §2º).

A partir desse esclarecimento, deve-se perguntar sobre quais regras estipulam o regime sancionador nessas modalidades de licitação e a resposta encontra-se nas diretrizes supracitadas. No caso de pregão, a LP prevê dispositivo específico para a penalização da empresa (art. 7º). Quanto às demais sanções, aplica-se a LGL, dada a expressa regra de aplicação subsidiária. No caso de RDC, dá-se o mesmo, uma vez que a lei contempla regras próprias de penalização da empresa (art. 47) assim como atrai expressamente a LGL quanto ao restante por força do contido no dispositivo já citado: aplicação somente quando o RDC expressamente determinar, o que consta do art. 47, §2º⁹⁶.

⁹⁵ O uso das expressões “empresa” e “empresário” são aqui utilizados sem o sentido técnico-jurídico exato que lhes confere o Código Civil de 2002, isto é, “empresa” no sentido de atividade econômica e “empresário” como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços [empresa].” (art. 966). “Empresa” aqui refere-se à pessoa jurídica que contrata com o poder público e “empresário” aos responsáveis legais pela pessoa jurídica envolvidos nos atos, o que varia de acordo com o tipo adotado.

⁹⁶ § 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

Tudo isso é para dizer que os ilícitos administrativos e criminais referentes às licitações implicam de alguma forma a utilização das regras da LGL. Além disso, das três normas que compõem o sistema, ela é a única que contempla tipos penais, dentre eles um que se amolda à perfeição ao exemplo a ser dado, previsto no seu art. 90, que trata da fraude ou frustração do caráter competitivo mediante qualquer expediente⁹⁷. Em outras palavras, uma conduta ilícita em licitação por qualquer dos subsistemas mencionados acima (LGL, LP ou RDC) pode atrair a incidência do mencionado art. 90 da LGL.

Supondo-se que isso tenha de fato ocorrido e que tal fato seja identificado pelos órgãos de controle, em especial o federal – Tribunal de Contas da União (TCU) – abre-se a possibilidade de que não só a Administração Pública aplique as penalidades cabíveis à empresa e ao agente público, mas que também o TCU utilize seu poder para imputar a tais pessoas, além do empresário, as penalidades previstas na sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92 – LOTCU).

Por fim, passando-se à esfera judicial, o caso pode dar ensejo não só a uma ação penal, mas também a uma ação de improbidade administrativa, considerado o possível enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário configurado na conduta, nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), além da penalização judicial da empresa numa ação própria prevista na legislação anticorrupção (art. 19 da Lei nº 12.486/2013 – Lei Anticorrupção)

Até então, verifica-se a existência de um único fato com diferentes consequências contra pessoas distintas, a saber: i) processo administrativo de aplicação de penalidade contratual e da legislação anticorrupção (Lei nº 12.486/2013) à empresa (esfera administrativa); ii) processo administrativo disciplinar contra o agente público (esfera administrativa); iii) processo de controle contra a empresa, o empresário e o agente público (esfera controladora) e iv) processos penal e cíveis, de improbidade e da legislação anticorrupção (art. 18 da Lei nº 12.486/2013), contra a empresa, o empresário e o agente público, de forma individual ou concorrente (esfera judicial).

Da combinação acima poderá resultar um *bis in idem* admitido pela legislação, já que uma mesma pessoa poderá ser duplamente processada e punida pelo mesmo fato em diferentes instâncias ou esferas. A questão fica melhor disposta no quadro a seguir, representativa dos processos, não necessariamente das sanções, em que a possibilidade de responder é marcada com um (x) e a impossibilidade com o sinal de (-):

⁹⁷ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Esferas/pessoas processadas	Empresa	Empresário	Agente público
Administrativa (contratual)	x	-	-
Administrativa (disciplinar)	-	-	X
Administrativa (anticorrupção)	x	-	-
Controladora	x	x	X
Judicial (penal)	-	x	X
Judicial (improbidade)	x	x	X
Judicial (anticorrupção)	x	-	-

Cumpra então avaliar, à luz da LINDB, onde poderia haver a eventual compensação ou dosimetria pelo princípio do desconto, o que exige avaliar a natureza das sanções. Nessa parte, deve-se investigar os tipos de sanções legalmente previstas, abstraindo-se questões jurisprudenciais quanto a sua aplicação cumulativa ou sua amplitude.

No que tange à esfera judicial penal, o art. 90 da LGL prevê aplicação ao empresário e ao agente público de uma pena privativa de liberdade (detenção) e uma pecuniária (multa). Como resultado dessa ação, o agente público poderá ser condenado à perda do cargo público por força do art. 92, I, do Código Penal, no que se pode considerar aqui uma pena de natureza restritiva de direito, nos termos dos arts. 47 e 55 do mesmo Código.

Existe ainda a esfera judicial por improbidade, de onde tanto a pessoa jurídica (empresa), como o empresário e o agente público poderão ser condenados a penalidades pecuniárias (perda de valores e bens, multas e ressarcimento) como a restrições de direito, a exemplo da perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos, na forma do art. 12 da LIA.

No que toca à esfera judicial anticorrupção, a empresa poderá ter penas financeiras (perda de bens) ou restrições de direitos (interdição ou suspensão parcial de atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos ou benefícios públicos), tudo na forma dos incisos do art. 19 da Lei Anticorrupção. Aqui já se percebe a possibilidade de dupla condenação da pessoa jurídica (empresa) a ressarcimentos possíveis, que pode ocorrer tanto pela LIA como pela Lei Anticorrupção.

Quanto à esfera administrativa contratual, a única sanção possível é contra a empresa, que poderá sofrer de advertência até uma proibição de contratar com o poder público, passando-se por uma multa. São três, portanto, as naturezas das penalidades: moral (advertência); pecuniária

(multa) e restritiva de direito (impedimento de contratar com o poder público). As duas últimas, mais uma vez, podem implicar duplicidade com a LIA.

No que toca à esfera administrativa disciplinar, por força da Lei nº 8.112/90, considerando tratar-se de agente público federal, o caso pode resultar em demissão por força do art. 132 da referida Lei. Note-se que se trata da terceira oportunidade estatal de aplicar a sanção de perda do cargo público, que poderá igualmente advir como efeito da condenação penal e de improbidade, nos termos supracitados. Em outras palavras, por um mesmo ato ilícito, o agente público correrá o risco de perder o cargo em três julgamentos distintos: por uma decisão administrativa e duas judiciais.

Por fim, na esfera controladora, além da eventual imputação de ressarcimento pelo reconhecimento do débito em processo de tomada de contas (art. 10 e seguintes da LOTCU), existem disposições específicas no Título II, Capítulo V, da mesma lei, que tratam das sanções, em especial das multas, que podem chegar no valor de “até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário” (art. 57). Além dessa penalidade pecuniária, foi concedido ao TCU poder para inabilitar o responsável “para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.” (art. 60).

Não se pode considerar essa penalidade do TCU semelhante à perda do cargo citada acima, porquanto mais restrita, limitada à ocupação de cargos em comissão e funções de confiança, categoria de cargo ou função pública diferente do cargo público, somente acessível por meio de concurso, na forma do inciso II do art. 37 da Constituição Federal. A despeito dessa restrição, a penalidade pode alcançar agentes privados, como o empresário no exemplo ora citado, que ficaria impedido de ocupar cargos como o de secretário de uma pasta municipal.

No caso específico de análise de atos e contratos, a LOTCU prevê certas multas (art. 43, parágrafo único, que remete aos casos de multa do art. 58, III), além da possibilidade de declarar a inidoneidade da empresa licitante de participar de licitações da Administração Pública Federal (art. 46), por até 05 (cinco) anos, ou seja, uma penalidade de mesma natureza daquela prevista nas leis de licitação, de competência da esfera administrativa, bem como na LIA (esfera judicial).

Verifica-se pela análise acima que há amplo espaço de aplicação da LINDB no que toca especialmente nos seguintes casos: i) desconto de multas, previstas nas condenações das três esferas, inclusive a penal; ii) compensação de condenações de ressarcimento, também passíveis de existir nas três esferas; e iii) dedução de prazos em medidas restritivas de direitos. A ação de

improbidade administrativa, por exemplo, é um *locus* natural de aplicação do princípio do desconto, dada a sobreposição de suas sanções com aquelas das diversas outras esferas, bem como pelo amplo rol de possíveis réus.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta análise, pode-se verificar que a LINDB, além de seus objetivos mais evidentes em matéria de segurança jurídica e motivação das decisões no campo do direito público, também inovou na regulamentação do *bis in idem* usualmente admitido no direito brasileiro.

Ao recomendar que a dosimetria das sanções considere as anteriores de mesma natureza, a LINDB adotou o princípio do desconto ou da compensação, nos seguintes termos: os órgãos sancionadores devem considerar os tipos de penalidades sob sua competência a fim de avaliar eventual compensação cabível com as sanções precedentes de mesma natureza. Aos jurisdicionados, fica também aberta a possibilidade de aduzir argumentos nesse sentido, a fim de que os órgãos sancionadores considerem a sanção precedente na aplicação de uma nova de mesma natureza.

Numa análise de um caso prático de fraude em licitação, verifica-se a ampla possibilidade de aplicação da regra da LINDB em penalidades pecuniárias e nas condenações de ressarcimento, assim como no aspecto temporal de eventuais interdições de direitos, como a vedação de licitar e contratar com o poder público, imposta a empresas, e proibições de ocupar cargo ou função pública, no caso de pessoas físicas.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. In: **Argumentação e Estado Constitucional**, Coord. Eduardo Ribeiro. São Paulo: Ícone, 2012, p. 101-115.

BRASIL. **Portal de Legislação**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 27 out. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 27 out. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In.: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (organizadores). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 25-30.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Conjur. 25 jul.2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 27 out. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

SABOYA, Keity. Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018, p. 71-92.

STEPHENSON, Matthew C. “A costly signaling theory of ‘hard look’ judicial review”. **Administrative Law Review**, vol. 58, no. 4, 2006, pp. 753–813. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/40711887.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Secretaria de Comunicação. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional>. Acesso em: 27 out. 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

**THE *NE BIS IN IDEM* AND THE PRINCIPLE OF TAKING INTO ACCOUNT IN THE
*LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO***

ABSTRACT

This paper treats the potential consequences of the new public law rules included in the Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) on concretization of the *ne bis in idem* principle. In the beginning, there's highlighted generical aspects those can bring some law insecurity, as the subjection to consequentialist interpretations of the three different spheres mentioned in the law, in particular due to the mention to one subspecies of administrative instance, that it would be the controller, what it exposes the effective existence of an *bis in idem* in Brazilian control law. In spite of that, it is highlighted the adoption of the named taking in account or compensation principle stayed in the art. 23, §3º, of the Act, which softened the current rules those permits the *bis in idem*. At last, it is showed a hypothetic case of public procurement fraud in order to demonstrate how the taking into account principle could be used to sanctions of identical nature applied in different judicial, controller and administrative suits.

Keywords: *Bis in idem*. Brazilian LINDB. Sanctions. Sentencing guidelines. Taking into account principle.

SILÊNCIO CONSTITUCIONAL: A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE PARA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Arilson Garcia Gil⁹⁸

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Silêncio Constitucional. No curso da pesquisa verificou-se que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto da racionalidade jurídica das decisões judiciais de efetivação dos Direitos Fundamentais. Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo de sua categorização pela Teoria do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial para responder se existe adequação da referida teoria para interpretação da Constituição Federal de 1988. A Pesquisa foi executada sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto, com utilização preponderante do método dedutivo. Foi utilizado o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos da Jurisprudência do STF. As conclusões centrais do trabalho são o risco ao Estado Democrático de Direito diante da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica na interpretação do Silêncio Constitucional e a insegurança jurídica causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos. Diante do paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988, o trabalho concluiu, portanto, pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como sistematizada pela doutrina nacional, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Sistema Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Silêncio Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Silêncio Eloquente.

⁹⁸ Professor da Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo – USP. Email: arilsongil@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O tema de estudo do presente trabalho é a análise do Silêncio Constitucional e sua categorização pela Teorias do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Em questão está a adequação da referida teoria para interpretar o Silêncio Constitucional conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

No contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 houve a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Dentre os objetivos apresentados por este novo paradigma destacam-se a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão⁹⁹.

Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas deste novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante das hipóteses de Silêncio Constitucional.

Os exemplos de casos de Silêncio Constitucional são fartos.

A Constituição Federal de 1988 tutela o Direito à Vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do Direito ao Aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico¹⁰⁰. A problemática que se apresenta: é aqui identificada uma hipótese normativa de Silêncio Constitucional? É um Silêncio Eloquente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de Lacuna Normativa que mantém espaço aberto à regulamentação por Lei e pela interpretação em sede de Controle de Constitucionalidade?

⁹⁹ Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14, da Constituição Federal.

¹⁰⁰ Caso debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso das Pesquisas com Células Troncos Embrionárias¹⁰¹, aqui com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988.

Além da evolução científica, há também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero¹⁰². A Constituição Federal utilizou as palavras “Homem” e “Mulher” ao tratar da Família, do Casamento e da União Estável¹⁰³. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identifica-se, neste caso, hipótese de Silêncio Eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou há aqui Lacuna Axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)?

Vê-se, pelos casos citados, que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto à racionalidade jurídica para a efetivação dos Direitos Fundamentais à Vida, à Dignidade e à Liberdade, e afeta diretamente o implemento da Justiça Social e o reconhecimento de uma Sociedade Plural. Portanto, o Silêncio Constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo de sua categorização pela Teoria do Silêncio Eloquente, em especial para responder se existe adequação da referida teoria para interpretar o Silêncio Constitucional enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional e conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal é ser considerada como um Sistema cuja Integridade e Coerência são pressupostos do Estado Democrático de Direito. Em casos de conflito de interesses não resolvidos pelas vias ordinárias, a Integridade e a Coerência do Sistema devem ser mantidas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. A Hermenêutica Constitucional é um instrumento de garantia dessas Integridade e Coerência. O Silêncio Constitucional pode ser um

¹⁰¹ Tema discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

¹⁰² A União Homoafetiva é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

¹⁰³ Artigo 226, da Constituição Federal.

risco ou pode ser uma das vias de manutenção da Integridade e da Coerência do Sistema Constitucional e, portanto, também do Estado Democrático de Direito¹⁰⁴.

Porém, poucos estudos no Brasil analisam a questão Hermenêutica sob o enfoque do Silêncio Constitucional. Ao contrário, no Direito Comparado o tema é tratado de forma central e com relevante sistematização pela dogmática jurídica.

A análise do problema apresentado sob o enfoque do Silêncio Constitucional é recorrente na doutrina dos Estados Unidos da América, em especial no trabalho do constitucionalista Laurence H. Tribe em suas aulas na Harvard Law School (Advanced Con Law Seminar: “Constitutional Silences”, 2016) e em suas obras sobre a construção do som do Silêncio Constitucional (1982) e sobre a “Constituição Invisível” (2008).

Ainda nos Estados Unidos há estudos sobre o Silêncio Constitucional considerado como um espaço para a construção de uma “Constituição Viva” e em evolução¹⁰⁵. Em contraponto, a doutrina norte-americana da Interpretação Originalista afasta a criação normativa pela interpretação do Silêncio Constitucional¹⁰⁶.

Em Portugal o tema é examinado como “Lacunas da Constituição e sua Integração”¹⁰⁷. Jorge Miranda identifica Lacunas intencionais, não intencionais, técnicas, teleológicas, originárias, supervenientes e absolutas. J.J. Gomes Canotilho identifica Lacunas normativo-constitucionais autônomas, heterônomas e de regulamentação.

Na Espanha há os estudos de Francisco Javier Díaz Revorio sobre “La ‘Constitución abierta’ y su interpretación.” (2004) e “Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional” (2000).

No Reino Unido, a Doutrina de Michael Foley trata o Silêncio Constitucional como espaço para adequação da Constituição em momentos de crise¹⁰⁸.

¹⁰⁴ As ideias do Direito como Sistema, de Integridade e de Coerência podem ser extraídas das obras de Norberto Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico, 2014), de Claus Wilhelm Canaris (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 2002) e de Ronald Dworkin (Law's Empire, 1986).

¹⁰⁵ The Living Constitution (STRAUSS, 2010); A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before (SUNSTEIN, 2009).

¹⁰⁶ A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (SCALIA, 2018).

¹⁰⁷ Sobre o tema na Doutrina Portuguesa temos: Teoria do Estado e da Constituição (MIRANDA, 2015) e Direito Constitucional e Teoria da Constituição (CANOTILHO, 2003).

¹⁰⁸ Em sua obra The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government (FOLEY, 2011). Apesar de ser uma doutrina editada frente a um Estado de Constituição não escrita, entendemos que em alguns aspectos a obra também podem contribuir para nosso estudo.

Na Alemanha, Robert Alexy¹⁰⁹ e sua distinção entre Princípios e Regras Constitucionais parece trazer respostas quanto à possibilidade de ponderação entre direitos no caso de identificação do Silêncio Constitucional. Por exemplo, não parece ser possível, num primeiro momento, a identificação do Silêncio Constitucional em normas constitucionais com estrutura de Regras (que reconhecem direitos e deveres definitivos), apenas em Princípios (enquanto mandados de otimização).

Convém ressaltar que a doutrina estrangeira é citada apenas a título de ilustração da importância da análise do tema sob o enfoque do Silêncio Constitucional. No presente trabalho restringe-se o estudo à Doutrina e à Jurisprudência nacionais para análise de sua adequação para categorizar o Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional.

Em retorno ao Direito Brasileiro, uma teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁰ e pela Doutrina Nacional¹¹¹ é a que identifica o Silêncio Constitucional como Silêncio Eloquente. Porém, como será analisado, o Silêncio Eloquente é apenas uma das possíveis categorias de Silêncio Constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal ora trata o silêncio como categoria de Lacuna Normativa e decide pela integração da referida Lacuna, ora fundamenta no silêncio a aplicação de Poderes Implícitos ou utiliza-se do Silêncio Constitucional para evolução da interpretação.

Assim, como hipótese de trabalho, propõe-se que não há uma sistematização adequada acerca do Silêncio Constitucional enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional seja na Doutrina Nacional, seja na Jurisprudência do STF. Em outras palavras, e ainda como hipótese de trabalho, não há claros critérios de identificação nem descrição das categorias jurídicas do Silêncio Constitucional e seus efeitos.

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL, RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

¹⁰⁹ Conforme sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2017).

¹¹⁰ Por exemplo podemos citar o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 371 relativa à inexistência de imunidade processual dos vereadores diante do Silêncio Eloquente do artigo 29, da Constituição Federal (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002).

¹¹¹ Sobre o Silêncio Eloquente na Doutrina Nacional: (SILVA, 2018); (BARROSO, 2009); (CAMPOS, 2011); (LACERDA e MÜLLER, 2016); (STRECK, 2014).

2.1 O Direito e a Constituição como Sistemas

Ao tratar das diversas concepções do termo “sistema”, Norberto Bobbio (2014, p. 82-84) adverte que referido termo é um daqueles termos com vários significados e que podem ser utilizados segundo a conveniência de quem os aplica.

Dentre tais significados Bobbio ressalta três deles que extrai do histórico da Filosofia do Direito:

a) “Sistema” baseado em um “sistema dedutivo”:

Nessa acepção, diz-se que um ordenamento é um sistema desde que todas as normas jurídicas daquele ordenamento sejam derivadas de alguns princípios gerais (dito de outra forma, ‘princípios gerais do direito’), considerados do mesmo modo que os postulados de um sistema científico.

b) “Sistema” baseado em um “sistema indutivo”:

O termo ‘sistema’ é usado, ao contrário, para indicar o ordenamento da matéria, realizado o procedimento indutivo, isto é, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações e divisões da inteira matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico (...) O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. O seu escopo não é desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas sim reunir os dados fornecidos pela experiência com base na semelhança para formar conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado

c) “Sistema” como uma “totalidade ordenada”

O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. ‘Sistema’ aqui equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas do ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

Norberto Bobbio (2014, p. 77), em uma visão positivista, adota a terceira concepção de “sistema” em sua obra. Em resumo, considera que o ordenamento jurídico constitui um sistema pois suas normas devem estar em relação de coerência e devem ser buscadas as condições que tornem possível essa relação de coerência.

Quanto às Constituições, porém, é necessária a conciliação entre a primeira concepção de sistema – ligada aos princípios – e a terceira concepção – ligada à coerência, diante da natureza principiológica das normas constitucionais mais modernas.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (1986, p. 11) adota uma concepção de Direito construído através da interpretação. Princípios morais adotados pelo Direito direcionam o aplicador na prática construtiva via interpretação fundamentada na argumentação. Para manter a coerência do sistema construído da forma citada, Dworkin traz a ideia de “integridade”, ou seja, não se trata de um Direito criado livremente, mas sim de um Direito construído pela interpretação fundamentada, justificada nos princípios morais que mantém a coerência do sistema.

Rubens Beçak (2007, p. 315) demonstra esta relação entre Direito e Moral como decorrência da natureza principiológica de grande parte das normas constitucionais contemporâneas, em especial pela consagração dos Direitos Fundamentais de solidariedade, que poderiam ser responsáveis por essa “nova tipicidade” nos ordenamentos constitucionais. Por isso, defende Beçak que os princípios revelam a “importância da dimensão ético-moral no Direito”. E conclui:

Na medida em que, no nível constitucional, existem normas que estabelecem padrões éticos de comportamento na exata proporção em que estabelecem padrões exigidos da e para a sociedade (se tal não fosse, como pensar a imanência da Constituição?), vemos as normas principiológicas como muito mais próximas daquele padrão aberto para a Ética, onde, inclusive, deve prevalecer a ponderação de interesses, do que as normas-regra, constitucionais, sem sombra de dúvidas, mas muito mais fechadas à interpretação e, portanto, da ponderação (...) Assim, entendemos que uma constituição origina não só uma pirâmide de normas jurídicas como também uma, chamemos, pirâmide de valores ético-morais a serem protegidos, no âmbito daquele Estado, como valores primeiros” (...) Aqui é que, no conflito possível (e, diga-se, não raro) entre normas-princípio (o que Alexy denomina conflito princípio x princípio), e talvez mesmo no eventual conflito norma princípio x norma-regra, o exegeta deve se utilizar de valores não necessariamente jurídicos na fixação de qual norma deva imperar” (2007, p. 317-319).

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho e até porque seria impossível fazê-lo nesta fase da pesquisa pela complexidade do tema, é de importância ímpar o estudo da influência dos valores e da moral na interpretação do Silêncio Constitucional.

Por agora, o trabalho restringe-se a apresentar uma terceira via de interpretação da Constituição como sistema, não tão estritamente relacionada à coerência, nem tão aberta quanto à Teoria dos Princípios.

A Teoria de Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 18-20) pode ser apresentada como essa terceira via interpretativa entre a visão positivista de Bobbio e a visão de construção do Direito pela interpretação de Dworkin.

Ao partir da Jurisprudência dos Valores, Canaris admite a abertura do sistema jurídico e reconhece a normatividade dos princípios, ao mesmo tempo que propõe um controle da racionalidade das decisões judiciais, em especial diante de um texto não preciso ou com lacunas. O sistema jurídico, assim, não seria apenas um conjunto ordenado de normas jurídicas, mas também um sistema de controle e orientação da aplicação do direito.

Para tanto, Canaris propõe um sistema jurídico que apresenta ordenação e unidade internas decorrentes da ideia de Igualdade. Assim, o sistema apresentaria: a) ordenação, que significa a aplicação do Direito de forma igual para iguais e diferente para os desiguais, na medida das desigualdades; b) unidade, no sentido de coerência, não contradição da ordem interna e uniformização das decisões judiciais.

Por fim, Claus-Wilhelm Canaris admite, diante da abertura do sistema jurídico, a mutabilidade do direito, pelo surgimento de novos princípios dentro do próprio sistema, ainda que influenciado por um Direito Consuetudinário. Assim, a Jurisprudência não cria Direito novo, mas tem legitimidade para realizar a descoberta de novos princípios por influência do Direito Consuetudinário.

Diante dos pressupostos analisados (ordenação e unidade ou coerência), Elival da Silva Ramos (2015, p. 321) entende que Canaris mantém uma concepção sistêmica do Direito diante da sua vinculação à Igualdade formal e à Segurança Jurídica, apesar de ser uma concepção relativizada por certo abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica.

Referido abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica é intensificado nas Constituições, modernamente compostas por normas principiológicas, mais abrangentes, portanto, é possível falar também em um Sistema Constitucional.

Porém, em retorno às concepções de sistema trazidas por Bobbio, para a adequada conciliação entre sistema por coerência e sistema por princípios, são necessárias balizas, critérios de aplicação dos princípios (especialmente em casos de Silêncio Constitucional), tal como proposto por Claus-Wilhelm Canaris, para que não haja lesão ao Estado Democrático de Direito, o que é analisado no item seguinte.

2.2 Controle da Racionalidade das Decisões no Estado Democrático de Direito

Dalmo de Abreu Dallari (2016, fls. 201) formula indagação cuja resposta considera fundamental para o Estado Democrático de Direito: a Constituição “poderá ser ainda, no início do século XXI, o instrumento político-jurídico ideal para a limitação do poder e a garantia dos direitos?”

Continua Dallari em retrospectiva histórica que parte da concepção de Constituição como expressão de liberdade e de garantia dos direitos individuais, mas com eficácia jurídica limitada pois, se é eficaz como limitadora dos poderes e garantia contra violações de direitos, não apresentava força a efetivação dos direitos.

Aponta, ainda, que a partir da aprovação, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, tem-se uma nova fase na história do Constitucionalismo, em especial pela ampliação do papel do Estado, agora para assumir a criação de condições para efetivação dos direitos.

E, ao chegar nos dias atuais na evolução descrita, concluiu que o Poder Judiciário “passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementar das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade”.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 17), após dissertar sobre a evolução do Constitucionalismo, chega à conclusão semelhante à de Dallari acerca do novo modelo de Constituição e dos novos papéis dos Poderes do Estado, em especial do Judiciário:

Uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não auto-executórios, cometendo ao legislador ordinário a sua implementação. Enfim, normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional ensejando uma atividade adicional tanto para o Poder Executivo, impondo-lhe a criação e instalação de programas previstos na Lei Maior, como para o Poder Legislativo, atribuindo-lhe esforço sucessivo no sentido de dar efetividade às disposições constitucionais a demandar complementação, e, ainda, instaurando em relação ao Poder Judiciário um largo campo interpretativo, ampliando consideravelmente o poder jurisdicional. Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica.

Diante de tais lições, pode-se afirmar que há um novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, ligado à efetividade das

normas constitucionais e à transformação da realidade. Sobre este novo paradigma do Estado Democrático de Direito, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 116-117 – item 6.2.3 – livro digital) escrevem:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional (...) Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. Ou seja, a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é exatamente por isso que o texto – dirigente e compromissório – aponta para esse desiderato.

Referidos autores (2014, p. 185 – item 8.4 – livro digital) apontam, neste contexto, uma “crise funcional” com a transformação nas relações entre as funções estatais que, num movimento autofágico, se projetam por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição de outra função, com destaque para a Jurisdição Constitucional, ao atuar no âmbito do legislador, até mesmo em nível constituinte.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 129-130) ensina que a ideia de contrapor legislação negativa e positiva (e reservar apenas a primeira ao Poder Judiciário) só teria sentido diante dos Direitos Fundamentais clássicos ou negativos e diante de uma concepção estanque de Separação dos Poderes já ultrapassada. Conclui, portanto que:

Fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?

É certo, porém, que tais papéis de “complementador das normas constitucionais” e de “transformador da realidade brasileira” atribuído ao Judiciário faz reviver, agora para a fase de aplicação e interpretação do Direito, a preocupação de Ferdinand Lassalle (2016, p. 47):

Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara. É parte logicamente de quanto temos exposto: quando essa Constituição escrita não

corresponder a real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constrição real das verdadeiras forças vitais do país.

Com efeito, o novo paradigma aqui tratado, se exercido sem as adequadas limitações e os devidos controles, pode ensejar um descompasso entre o que previu a Constituição Federal de 1988 e o que é realmente concretizado pela interpretação da Constituição por pressão de forças sociais em conflito.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 5) analisa referido risco no âmbito do denominado “neoconstitucionalismo”, “atual movimento doutrinário que advoga no sentido da busca dos valores que inspiram o ideal constitucional, ainda que ao arpejo do texto escrito da Norma Fundamental”. E continua referida autora, no sentido de que este descompasso entre concretização de valores por via interpretativa em detrimento do texto escrito da Constituição contraria o Princípio da Segurança Jurídica e a Democracia.

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 183 – item 8.4 – livro digital) descrevem, no contexto ora analisado, a existência de uma “crise constitucional (institucional)”, na qual a Constituição é submetida a um jogo de tensões e poderes, com risco de sua transformação em programa de governo ao contrário de submeter o poder a ela e, assim, o poder se constitucionalizar, colocando em prática o conteúdo constitucional.

Com efeito, verifica-se que os fatores reais do poder podem atuar tanto na efetivação do paradigma constitucional de 1988, como na desconstrução do referido paradigma.

Neste mesmo sentido, André Ramos Tavares (2011, p. 157-159), ao escrever sobre o papel central dos Direitos Fundamentais na legitimação da Justiça Constitucional, demonstra que os Direitos Fundamentais são utilizados em discursos opostos, seja para legitimar a atuação mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional, seja para indicá-los como obstáculo que afasta a atuação legítima da Justiça Constitucional, diante da abertura semântico-material desses direitos.

Em seguida, adverte Tavares que um avanço da atuação da Justiça Constitucional dentro da segurança democrática pressupõe uma consolidação dos seus métodos de trabalho, especialmente em casos de normas ambíguas e vagas comumente encontradas nos Direitos Fundamentais.

Há, inclusive, Constituições de países como Portugal, Espanha, Alemanha e Polônia, citadas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25-26), que possuem dispositivos expressos que asseguram o respeito ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais contra restrições, que seriam justificáveis apenas e no limite do necessário ao Estado Democrático.

E mesmo em casos excepcionais, como a aplicação do Sistema Constitucional das Crises, valores como a Democracia e a Dignidade da Pessoa devem ser reafirmados e protegidos por um sistema rígido de restrições, efeitos e com amplo controle para reforçar o Estado Democrático de Direito, conforme lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2009, p. 148-149).

Neste movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, Sergio Nojiri (2012, p. 337) lança um olhar positivista na relação entre Neoconstitucionalismo e Democracia e deixa claro o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que coloca em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e a ânsia neoconstitucionalista por concretizar valores morais – escolhidos de acordo com ideologias dos próprios neoconstitucionalistas – diminui o processo de participação e soberania popular, com a eleição de um novo soberano do direito: o Juiz.

Ao tratar dos limites do poder criativo da Jurisdição Constitucional e do Ativismo Judicial, Elival da Silva Ramos (2015, p. 66) defende um positivismo reflexivo e integral no qual, desde que observados certos limites e condições, possam ser completados os espaços deixados em aberto pelo legislador através de processos interpretativos que levem em consideração os valores fundamentais da pessoa humana reconhecidos em determinada sociedade.

Imprescindível, assim, que haja a aplicação, através do Sistema Constitucional, do devido controle na racionalidade das decisões judiciais para que não haja desconstrução do paradigma constitucional de 1988, em especial nos casos de silêncio da Constituição.

Humberto Ávila (1999, p. 154), ao enfrentar o desafio de definir o Dever de Proporcionalidade, algo tão vago quanto o Silêncio Constitucional, ensina que institutos dessa natureza devem ser diferenciados quanto a outras categorias, com as quais não se identificam, para que lhes sejam atribuídos significado normativo autônomo, uma vez que há conceitos diversos referentes a fenômenos normativos diferentes. Continua Ávila no sentido de que definir adequadamente tais institutos deve permitir que sua interpretação tenha referência ao Ordenamento Jurídico brasileiro e para sua aplicação haja critérios racionais e intersubjetivamente controláveis.

Em conclusão, Humberto Ávila (1999, p. 178-179) escreve que:

As definições acima enunciadas evidenciam, mais uma vez, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo "princípio" é secundário, a não ser que a denominação, pretendendo explicar, termine por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem

as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica. Finalidades essas, aliás, instituídas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, e que não podem ser, simplesmente, ignoradas. Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger. Um caminho sem fim, a ser insistentemente trilhado.

Na aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional e conciliar as propostas neoconstitucionais e a Democracia, deve ser respondido o questionamento feito por Monica Herman Caggiano (2011, p. 19):

Ora, destas posturas desconstrutivas é que dimanam os movimentos a preconizar a remodelação do constitucionalismo. Sob esta roupagem diferenciada, a Constituição viria albergar valores, os valores da sociedade que ela – a Constituição – estrutura e organiza juridicamente. À lei compete efetivamente prescrever as políticas públicas; aos Tribunais, porém, é atribuída a principal responsabilidade quanto ao alinhamento da lei aos valores estabelecidos para comandar a democracia praticada. O Judiciário passa a protagonizar o papel de “guardião da democracia”. Impositivo reconhecer que a sociedade do século XX e a que aporta no presente apresenta-se muito diferente quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou a responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender as perspectivas da cidadania no complexo mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada ‘neoconstitucionalismo’ que opera com valores. Abandonada a ideia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional, como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica?

Em resumo, quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição?

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 109-110– item 6.2.3 – livro digital) defendem que o conteúdo transformador da realidade apresentado pelo Estado Democrático de Direito atua como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de uma nova sociedade, diante do caráter incerto da Democracia (falam em “crise política e da representação”).

Sobre a citada participação democrática fomentada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, Rubens Beçak (2014, p. 83, item Conclusão, livro digital), ao tratar do aperfeiçoamento da Democracia diante da citada crise da Democracia Representativa e da insuficiência dos instrumentos de participação democrática semidireta, escreve:

- a) Não há como prescindir-se da democracia representativa (realizada pelos partidos políticos) pois, mesmo com todas as críticas, não se inventou sistema que a substituísse satisfatoriamente.
- b) A soma de meios de verificação da vontade popular por mecanismos semidiretos (vindo a caracterizar, segundo alguns, a presença de outro modelo democrático) tem provado não ser suficiente para sanar o déficit que o sistema representativo apresenta, provocando-se, ao longo do tempo, o surgimento de outros mecanismos para a sua ampliação.
- c) Para além, a elaboração de novo modelo parece ser uma constante na doutrina produzida nos últimos anos.
- d) Desta premência, surge a visão da deliberatividade como constituindo elemento fulcral para nortear a tomada de decisões; simbolicamente visto por alguns como já prenunciado na época de formação da doutrina democrática.
- e) Aqui vai aparecer a necessidade de reconceituação do conceito de deliberatividade, com a tentativa de fixação de alguns requisitos para a sua verificação

Destacamos aqui a questão da deliberatividade. Rubens Beçak (2014, p. 71, item 4.4, livro digital) conceitua “deliberação” como a tomada coletiva de decisão, mais precisamente na questão democrática, como “participação em um processo coletivo, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades”, ao pressupor para a efetiva decisão “um tempo razoável para debate e o convencimento reciprocamente provocado”.

Entende-se que a deliberatividade tal como tratada por Beçak pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição. Neste mesmo sentido, Monica Herman Caggiano (2011, p. 12):

Sob esta perspectiva, identifica-se no padrão proposto uma leitura moral da Constituição, seguindo a linha explorada também por Dworkin e reconhecendo no texto constitucional a possibilidade de tratamento moral das questões, ensejando um processo de interpretação e argumentação. E, exatamente, esta função interpretativa e argumentativa é que conduz ao exercício deliberativo, decorrente da diversidade de opiniões e posições que impõem o debate, a discussão e a deliberação para alcançar a interpretação que melhor se conformize às demandas e que se apresente mais justa

Em complementação à referida resposta, há a lição de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 219), segundo a qual a interação entre Poderes é inevitável e a interação deliberativa é um ganho que pode levar o controle de constitucionalidade a ser “um mecanismo propulsor de melhores deliberações”, bem como intensificar a legitimidade democrática da decisão tomada, por demonstrar “os pressupostos e condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva”.

Conclui-se, portanto, que a aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito. A deliberatividade pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

3 A TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE

Uma categoria de Silêncio Constitucional encontrada na Doutrina Nacional e na Jurisprudência do STF é o Silêncio Eloquentemente.

Em um julgado paradigmático, o Ministro Moreira Alves (STF, 1991, p. 1 do voto) deixa clara a distinção entre Lacuna e Silêncio Eloquentemente e a impossibilidade de se estender a aplicação da norma constitucional diante deste silêncio:

O acórdão recorrido, seguindo a orientação que se tornou dominante no Tribunal ‘a quo’, deu pela competência, no caso, à Justiça do Trabalho, por aplicação analógica de uma das alterações que o art. 114, da Constituição Federal introduziu na competência daquela Justiça: a de que lhe compete o julgamento dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

Em sentido semelhante, Hélio Silvio Ourém Campos (2011, p. 344) defende que nem sempre uma aparente incompletude pode ser categorizada como uma lacuna, pois “o silêncio pode haver sido pretendido, não havendo que se falar em omissão contrária ao plano regulativo constitucional”. E continua referido autor (2011, p. 345), no sentido de que a tentativa de colmatação de lacuna em caso em que o silêncio da Constituição é eloquente é ato inconstitucional, arbítrio e usurpação do poder constituinte. Em resumo, são suas lições (2011, p. 345-346):

É preciso frisar que o silêncio produz efeitos jurídicos a depender do contexto em que esteja inserido. O silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito (...). É de insistir, portanto, que, em se tratando das normas constitucionais, tenho como possível o silêncio eloquente (não disse porque não quis

dizer), e encontro como o meio mais adequado para uma possível colmatação de lacunas o espaço reservado para a Emenda Constitucional.

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 91) distingue tais categorias e indica a “lacuna constitucional” seria sinônimo de expressões como “vazio constitucional”, “omissão” ou “campo em branco”, que seriam distintas de uma “lacuna constitucional necessária”.

Em realidade, conforme Lacerda e Sá Müller (2016, p. 114), este caso de “lacuna constitucional necessária”, seria melhor categorizado como Silêncio Eloquente, uma vez que as normas constitucionais apresentam natureza política e suas omissões não podem ser tratadas como lacuna normativa própria e sim devem ser consideradas como Silêncio Eloquente. Em outras palavras, “o constituinte optou por deixar de fora da Carta Maior disposições, as quais, por essa razão, não podem ser supridas pelos juízes. Não se pode criar direitos discricionariamente, pois isso violaria a exigência de integridade”.

A matéria foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que discute o aborto do feto anencefálico.

Em seu voto, o Ministro Lewandowski (STF, 2012, p. 7 do voto) deixa claro que, apesar de ser legítima a técnica de interpretação conforme a Constituição, não cabe à interpretação trazer conclusão contrária à expressão literal de lei, bem como não pode substituir a vontade do legislador:

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.

O Ministro Marco Aurélio (STF, 2012, p. 11 do voto), por seu turno, sem mencionar o Silêncio Eloquente, defende raciocínio próprio desta categoria ao indicar que não caberia ao Magistrado incluir hipótese “que fora excluída de forma propositada pelo Legislador”:

O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

O voto do Ministro Gilmar Mendes (STF, 2012, p. 28-29 do voto) acolhe as ideias anteriores (limites da interpretação no texto literal da lei e na vontade do legislador) e vai além, ao indicar que não se pode alterar o significado do texto, de modo a acarretar mudança radical da ideia inicial

do legislador. Porém, admite que tal fato ocorre, especialmente quando tais limites são imprecisos, com indeterminação semântica:

Segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações (...) A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

Também no caso em que se discutiu a pesquisa científica com células troncos o Ministro Ayres Britto (STF, 2008, p. 13-14 do voto), relator da ADIN nº 3.510, admitiu a relativização da ideia de Silêncio Eloquente e defendeu que a Constituição, ao tratar do Direito à Vida, o fez de forma a deixar ao intérprete a decisão sobre quais “aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida.

O Silêncio Eloquente também foi abordado na ADIN nº 4.277, sobre a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui também o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 4-5 do voto) levanta a questão da (i) legitimidade da Corte Constitucional realizar interpretação contra texto expresso da Constituição e, com isso, incluir na norma situação não prevista originalmente por ela:

A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por

isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abriremos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado: ‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

O Ministro Marco Aurélio (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes), porém, aqui admite que apesar da norma constitucional expressa, o silêncio quanto às demais situações não as excluiriam: “Sim, sem cláusula excludente de outra situação”

Em complemento, o Ministro Luiz Fux (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes) indica a possibilidade de referida interpretação não se restringir ao exame de uma regra isolada, mas também abarcar a análise por meio dos Princípios constitucionais:

Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do artigo 226.

E, apesar de reconhecer a possibilidade de interpretação por Princípios, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 6-7 do debate no seu voto) retoma no debate a ideia de Silêncio Eloquente, a exigir coerência com outros julgados que o havia reconhecido e a declarar o risco do arbítrio a deslegitimar a Corte Constitucional:

O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.

Em contraposição, o Ministro Marco Aurélio (STF, 2011, p. 14-15 do voto) rebate a categoria do Silêncio Eloquente e indica uma prevalência dos Princípios constitucionais sobre ele, em especial o Princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual estaria afastado, no caso, o Silêncio Eloquente:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do

regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello (STF, 2011, p. 19) acompanha o raciocínio do Ministro Marco Aurélio e fundamenta seu entendimento no afastamento, no caso, de Lacuna Voluntária ou Consciente, as quais identifica como Silêncio Eloquente:

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido. Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, 'Teoria do Ordenamento Jurídico', p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de 'silêncio eloquente', capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, 'como entidade familiar' (CF, art. 226, § 3º).

Vale ressaltar, porém, que apesar dos argumentos lançados sobre o Silêncio Eloquente e a literalidade do texto normativo, o resultado final destes casos foi a favor da interrupção da gravidez em situações de anencefalia, a favor da pesquisa com células troncos, bem como foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Prevaleceu, apesar do silêncio e da literalidade do texto, a aplicação da Interpretação Evolutiva com fundamento em Princípios constitucionais.

E isso demonstra ausência de uniformidade metodológica e de categorias, ou seja, ora identifica-se o Silêncio como Eloquente e afasta-se extensão interpretativa, ora os Princípios e a Interpretação Evolutiva afastam a aplicação do Silêncio Eloquente, inclusive com fundamento em Norberto Bobbio, citado pelo Ministro de Celso de Mello, apesar deste autor não admitir o preenchimento de lacuna ideológica ou axiológica pelo Poder Judiciário (2014, p. 133).

Com efeito, o tema trata evolução do conceito lacunas, na qual Bobbio (2014, p. 133) chega ao conceito de "lacuna ideológica" (em contraposição às "lacunas reais"), ou seja, a ausência de uma solução satisfatória, justa, apesar da existência de norma regulamentadora do caso, uma conclusão que decorre do confronto de como o ordenamento jurídico é e de como ele deveria ser. Porém, quando às lacunas ideológicas, adverte Bobbio:

Ora, no que diz respeito ao direito positivo, se é óbvio que todo ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com que se deve preocupar aquele que é chamado a aplicar o direito não são as lacunas ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, a nosso ver de maneira equivocada, que o ordenamento jurídico é completo, ou seja, não tem lacunas, referem-se às reais, não às ideológicas.

Lacerda e Sá Müller (2016, p. 108), ao tratar das Lacunas Constitucionais e aplicar a ideia de integridade do Direito ao caso da união homoafetiva, seguem o mesmo raciocínio de Bobbio, ao defender que diante de Lacunas, compete ao Poder Judiciário o seu preenchimento por meio da dogmática hermenêutica, porém, esta competência, extraída com fundamento no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não se aplica às chamadas lacunas ideológicas, apenas às lacunas reais.

De fato, ao criticar a decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo, Lacerda e Sá Müller (2016, p. 113) defendem que não compete ao Poder Judiciário o preenchimento de lacunas ideológicas:

Esse entendimento, contudo, não é adequado. É verdade que é papel do Poder Judiciário desenvolver a aplicação do direito nos casos em que a lei apresenta lacunas. Ao se falar dessas ausências normativas, porém, é necessário que se tenha em mente que o conceito ao qual se remete é o de lacunas próprias, autênticas, que são as relacionadas à incompletude de uma norma ou parte do sistema. Não se alude às lacunas impróprias, que se apresentam de forma ideológica, pois, como visto, em face destas não cabe a colmatação judicial (...). A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador, o que feriria a separação dos poderes. É, portanto, uma teoria normativa, apta não apenas a identificar a lei (ou o precedente), mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade de edição, por parte do juiz, de novas regras criadas pós-fato, desconsiderando, desse modo, os direitos individuais pré-existentes (...) Em relação às lacunas impróprias, contudo, não cabe preenchimento judicial, pois se trata de uma questão de política, que deveria ser solucionada pelo poder competente, no caso o Legislativo.

Importante ressaltar aqui que não é objeto deste trabalho adentrar ao mérito das decisões, ou seja, debater se são juridicamente corretas ou não as decisões tomadas quanto ao aborto do feto anencefálico, à pesquisa com células troncos ou ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O que se busca aqui é apontar a ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, o que, como já visto, pode levar à construção ou desconstrução do paradigma constitucional, pode levar tanto à garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais em questão como pode ser um obstáculo para exercício a tais direitos.

Com efeito, o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, tal como descrito no contexto acima, é a insegurança causada pela falta

de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes. Como consequência há uma liberdade de argumentação tão extensa que beira ao arbítrio.

Em outras palavras, quando convém ao intérprete, ele declara o Silêncio Eloquente; quando não, o intérprete se socorre dos Princípios e declara uma indeterminação da norma cuja concretização pode ser feita pelos próprios valores do intérprete e não pelos valores declarados democraticamente.

Tal contexto não condiz com o paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria do Silêncio Eloquente, apesar de reconhecida em diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, atribui efeitos jurídicos à intencionalidade da Constituição ao silenciar, e mesmo diante de casos de expressa literalidade do texto constitucional, prevalece atualmente na Jurisprudência da Corte a aplicação da Interpretação Evolutiva e principiológica com o afastamento de hipóteses de Silêncio Eloquente.

O estudo constatou que tal fato demonstra a ausência de uniformidade metodológica e de categorias sobre o Silêncio Constitucional, visto que, sem qualquer critério técnico-jurídico, a decisão fica entregue ao livre arbítrio do intérprete o reconhecimento ou não do Silêncio como eloquente.

Verificou-se que o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica é a insegurança causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes diante de uma liberdade de argumentação tão extensa que beira ao arbítrio.

Concluiu-se, portanto, pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como elaborada pela Doutrina, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, para explicar o instituto do Silêncio Constitucional conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988.

Como examinado, a aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito. E uma proposta para concretização desse desiderato diante do Silêncio Constitucional é a inclusão de ferramentas de deliberação, tais como as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*, o que apontam para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição, mas isso já é assunto para outro artigo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, H. B. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEÇAK, R. A dimensão ético-moral e o direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 9, p. 307-320, jan./jun. 2007.

BEÇAK, R. A Separação de Poderes, O Tribunal Constitucional e a "Judicialização da Política". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BEÇAK, R. **Democracia - Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólón. 2ª. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 maio 2018.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de**

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371.** Brasília: STF, 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1505468>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.** Brasília: STF, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 02 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.** Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 593727 (Repercussão Geral).** Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 02 maio 2018.

CAGGIANO, M. H. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 1, p. 5-42, 2011.**

CAMPOS, H. S. O. O Direito Brasileiro, as Lacunas Constitucionais, o Silêncio Eloquente e os Conceitos Jurídico-Constitucionais Indeterminados. **Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, v. 11, p. 319-413, 2011.** Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1443>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CANARIS, C. W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de Antônio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33^a. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

DANTAS, D. D. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2.ed. São Paulo, Madras, 2005.

DWORKIN, R. M. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERRAZ, A. C. D. C. Mutações, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 5, p. 5-33, out./dez. 1993.

FERRAZ, A. C. D. C. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2^a. ed. Osasco: EdifIEO, 2015.

FERREIRA, O. A. V. **Sistema Constitucional das Crises: Restrição a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

FOLEY, M. **The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

HORTA, R. M. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 1, p. 209-232, out./dez. 1992.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, B. A.; MÜLLER, M. D. S. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n.1, p. 102-118, abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2^a. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?**. Leme: Edijur, 2016.

LOUGHLIN, M. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiberger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOJIRI, S. **Neoconstitucionalismo versus Democracia - um olhar Positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVÓRIO, F.J.D. **La “Constitución abierta” y su interpretación**. Lima: Palestra, 2004.

REVÓRIO, F.J.D. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SCALIA, A. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. 2ª. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.

SILVA, J. A. D. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, p. 368-388, jul.set. 2004.

SILVA, V. A. D. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, V. A. D. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. D. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, V. A. D. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

STRAUSS, D. A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, C. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNSTEIN, C. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, A. R. (org.). **Justiça Constitucional. Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TAVARES, A. R. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, L. H. Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, mar. 1982. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol57/iss4/1>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBE, L. H. Advanced Con Law Seminar: ‘Constitutional Silences’. **Harvard Law School**, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBE, L. H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

CONSTITUTIONAL SILENCE:

THE INADEQUACY OF THE THEORY OF ELOQUENT SILENCE FOR THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION INTERPRETATION

ABSTRACT

The present work has as object of study the Constitutional Silence. In the course of the research it was verified that the delimitation of the Constitutional Silence as an institute of Constitutional Hermeneutics is presupposition of the legal rationality of judicial decisions about the effectiveness of Fundamental Rights. In order for Constitutional Silence to be one of the ways of development of the Democratic State of Law, this work proposes to study its categorization by the Theory of Eloquent Silence in national doctrine and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) in particular to answer if there is adequacy of said theory for the interpretation of the Federal Constitution of 1988. The Research was executed under the approach of legal dogmatics, therefore, with preponderant use of the deductive method. The inductive method was used in the part of the work in which it was necessary to analyze concrete cases of STF Jurisprudence. As central conclusions of the work we have the risk to the Democratic State of Law in the absence of methodological uniformity and of categories of hermeneutics in the interpretation of constitutional silence and legal insecurity caused by the lack of control of the rationality of judicial decisions by means of objective criteria. In view of the paradigm constructed from the Federal Constitution of 1988, the work concludes, therefore, by the inadequacy of the Theory of Eloquent Silence, either as systematized by national doctrine or as applied by the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitutional System. Constitutional Hermeneutics. Constitutional Silence. Judicial Review. Eloquent Silence.