



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO

REITOR

Prof.^o. Dr.^o. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.^a. D.^a. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. D.^a. Adiloar Franco Zemuner

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Ms. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.^a. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2022-.v.1 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 17, n.1, jan./abr. (2022).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.

Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 17, número 1, abr. 2022

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Adegmar José Ferreira	Goiás
Afonso Maria das Chagas	Rondônia
Alexis Couto de Brito	São Paulo
Ana Claudia Pompeu Andreucci	São Paulo
Anderson Vichinkeski Teixeira	Rio Grande do Sul
Angelo Ricardo Christoffoli	Santa Catarina
Cláudio Ribeiro Lopes	Mato Grosso do Sul
Cristina Gomes Campos de Seta	Rio de Janeiro
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
Daniela Braga Paiano	Paraná
Fabício Dreyer de Ávila Pozzebon	Rio Grande do Sul
Fernando Angelo Ribeiro Leal	Rio de Janeiro
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
João da Cruz Gonçalves Neto	Goiás
Loreci Gottschalk Nolasco	Mato Grosso do Sul
Lucas Galvão de Britto	São Paulo
Luís Flávio Neto	São Paulo
Marcelo Paulo Maggio	Paraná
Rene Erick Sampar	Paraná
Rubens Beçak	São Paulo
Sandra Regina Martini	Rio Grande do Sul
Sérgio Urquhart de Cademartori	Santa Catarina
Thais Bernardes Maganhini	Rondônia

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Ana Luiza Mendes Mendonça, Angela Maria Dalla Torre, Beatriz Scherpinski Fernandes, Bruna Faria, Claudia da Rocha, Flávia Osmarin Tosti Menegon, Gabriela Amorim Paviani, Isabela Nabas Schiavon, Laudicena Ribeiro, Mylena de Souza Santos, Tatiane Avelino Cardoso, Vanessa Manganaro de Araujo Almeron e Yagho Willian Prenzler de Souza

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ESFERA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	10
ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION IN THE SPHERE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY	
<i>Ana Clara Ludvig da Cunha e João Luiz Martins Esteves</i>	
AMPLIAÇÃO DA ACESSIBILIDADE CONFERIDA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA TRAZIDAS PELAS LEIS Nº 13.825/2019 E 13.835/2019.....	30
EXTENSION OF ACCESSIBILITY GIVEN TO PERSONS WITH DISABILITIES BRIDGED BY LAWS Nº 13.825/2019 AND 13.835/2019	
<i>Gabriel Cavalcante Cortez e Ana Claudia Duarte Pinheiro</i>	
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA: ENTRE O PARLAMENTO E O JUDICIÁRIO À LUZ DA TEORIA DE WALDRON E DWORKIN.....	54
JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY CONTROL: BETWEEN PARLIAMENT AND JUDICIARY IN THE LIGHT OF WALDRON AND DWORKIN THEORY	
<i>Elísio Augusto Velloso Bastos e Ridivan Clairefont Mello Neto</i>	
A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA À LUZ DO CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT.....	70
CRIMINALIZATION OF POVERTY IN LIGHT OF THE CONCEPT OF THE BANALITY OF THE EVIL BY HANNAH ARENDT	
<i>Fernando Hoffmam e Pedro Victor dos Santos Witschoreck</i>	
QUANDO O DIREITO À SAÚDE CHEGA NA DOENÇA DE ALZHEIMER.....	91
WHEN THE RIGHT TO HEALTH REACHES THE ALZHEIMER'S DISEASE	
<i>Elisângela Maia Pessoa e Mário Augusto Silva Araújo</i>	
OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DA EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS.....	109
THE CHALLENGES FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES IN BRAZIL THROUGH THE STUDY OF ZIKA VIRUS EPIDEMIC CASE	
<i>Luís Guilherme Soares Maziero e Mariana Tourinho e Silva</i>	
A PERSPECTIVA OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA.....	130
THE OBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INHERITANCE LA PERSPECTIVA OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA HERENCIA	
<i>Raphael Rego Borges Ribeiro</i>	
A LINGUAGEM JURÍDICA E AS RELAÇÕES DE SABER-PODER-VERDADE NOS DOCUMENTÁRIOS “JUSTIÇA” E “JUÍZO”.....	152
LEGAL LENGUAGE AND THE RELATIONSHIPS OF KNOWLEDGE-POWER-TRUTH IN THE “JUSTIÇA” AND “JUÍZO” DOCUMENTARIES	
<i>Vitor Manoel Bonfim Silva e Samene Batista Pereira Santana</i>	

GOVERNANÇA MUNDIAL AMBIENTAL MULTINÍVEL: UM CAMINHO DESEJÁVEL PARA A SUSTENTABILIDADE NO PLANETA TERRA.....172
MULTILEVEL GLOBAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE: A DESIRABLE PATH TO SUSTAINABILITY ON PLANET EARTH

Magno Federici Gomes e Lélío Braga Calhau

EFEITOS CONTRATUAIS DA FORMAÇÃO DE CARTÉIS E COMBINAÇÃO DE PREÇOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: FALHAS DE MERCADO E CONSEQUÊNCIAS PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS188
CONTRACTUAL EFFECTS OF CARTEL FORMATION AND PRICE COMBINATION IN THE FIELD OF PUBLIC BIDDING: MARKET FAILURES AND CONSEQUENCES FOR PUBLIC CONTRACTING CONSEQUENCES

Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Alexandre Augusto Batista de Lima

MULHERES NA POLÍTICA: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA AÇÃO AFIRMATIVA DE GÊNERO NA ELEGIBILIDADE DE DEPUTADAS NO BRASIL213
WOMEN IN POLITICS: AN ANALYSIS ON THE IMPACT OF GENDER AFFIRMATIVE ACTION ON WOMEN'S ELIGIBILITY TO BRAZIL'S CONGRESS

Letícia Trevisolli de Oliveira e Daniel Damasio Borges

RETROCESSOS DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PRETENDIDA PELA PEC 32/2020230
SOME CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL 32/2020

Érika Capella Fernandes e Irene Patrícia Nohara

RESENHAS.....247

LIÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO247

Luciano do Nascimento Costa

A FAMÍLIA ATUAL E AS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO: DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE.....250

Ana Luiza Mendes Mendonça

EDITORIAL

Apresentamos a edição de abril de 2022 (v. 17, n. 1) da Revista do Direito Público.

Essa edição é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao direito administrativo, ao direito ambiental, ao direito civil, ao direito constitucional, ao direito eleitoral, aos direitos das pessoas com deficiência, ao direito penal, ao direito sanitário e, por fim, ao direito à saúde.

Quanto ao direito administrativo, o trabalho “A autocomposição na esfera da improbidade administrativa”, analisa os meios alternativos de solução em litígios versando sobre atos ímprobos, notadamente ante o paradigma da consensualidade na esfera da Administração Pública.

Nesse panorama, o artigo sobre os “Efeitos contratuais da formação de cartéis e combinação de preços no âmbito das licitações públicas: falhas de mercado e consequências para as contratações públicas”, discorre acerca das consequências jurídico-contratuais de cartéis no âmbito dos contratos administrativos.

Em direito ambiental, o estudo a respeito da “Governança mundial ambiental multinível: um caminho desejável para a sustentabilidade no planeta terra”, apresenta reflexões sobre a efetividade ou não da implantação de uma governança ambiental multinível eficaz e eficiente para a proteção do globo.

Sob a ótica do direito civil-constitucional, o artigo “A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança”, argumenta que a herança compõe uma ordem de valores objetivos e direciona o comportamento dos poderes públicos.

Em direito constitucional, o estudo relacionado ao “Controle de constitucionalidade e democracia: entre o parlamento e o judiciário à luz da teoria de Waldron e Dworkin”, analisa os debates entre os referidos autores, com o objetivo de verificar a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Nesse compasso, o trabalho “A linguagem jurídica e as relações de saber-poder-verdade nos documentários ‘justiça’ e ‘juízo’”, dirigidos por Maria Augusta Ramos, cuja investigação se baseia no conceito de “Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça”, proposto por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, além da premissa teórica de Michel Foucault, que foi consagrada no livro “A Ordem do Discurso”.

Mais à frente, o artigo acerca dos “Retrocessos da positivação

do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela PEC 32/2020”, analisa os principais aspectos da chamada “PEC da Reforma Administrativa”.

De outra banda, ao tratar do direito eleitoral, o trabalho “Mulheres na política: análise dos impactos da ação afirmativa de gênero na elegibilidade de deputadas no Brasil”, examina a desigualdade de gênero na política brasileira, no contexto da evolução da ação afirmativa vigente no país e os respectivos impactos na elegibilidade de mulheres.

Seguidamente, o estudo a respeito da “Ampliação da acessibilidade conferida às pessoas com deficiência trazidas pelas Leis nº 13.825/2019 e 13.835/2019”, considera as referidas inovações legislativas, a fim de analisar o tratamento legal conferido às pessoas com excepcionalidades.

Noutro flanco, o artigo “A criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt”, argumenta a naturalização do mal, a partir da referida obra, quando se trata de punir e segregar as classes sociais de baixa renda por meio do sistema penal.

Ademais, o trabalho “Quando o direito à saúde chega na doença de Alzheimer”, discute a ausência de serviços especializados no âmbito do Sistema Único de Saúde, notadamente ante o aumento dos índices da Doença de Alzheimer verificados em nível mundial.

No mesmo sentido, analisando a estrutura do Sistema Único de Saúde e a relação com o Direito à Saúde na perspectiva das políticas sociais públicas, “Os desafios para implementação de políticas públicas em saúde no Brasil a partir do estudo de caso da epidemia do Zika Vírus”, apresenta o panorama dos impactos da epidemia do referido vírus no país à luz do Direito Sanitário.

Finalmente, a revista apresenta duas resenhas: a primeira trata da obra “Lições preliminares do direito”, de Miguel Reale, e, a segunda, da obra “A família atual e as espécies de filiação: da possibilidade jurídica da multiparentalidade”, de Daniela Braga Paiano.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso primeiro volume deste ano, bem assim que as pesquisas divulgadas fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Abril de 2022

A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ESFERA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION IN THE SPHERE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Ana Clara Ludvig da Cunha*
João Luiz Martins Esteves**

* Advogada com atuação na área do Direito Administrativo, especialmente em ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. Graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduada em Direito do Estado, com ênfase em Direito Administrativo, na Universidade Estadual de Londrina - UEL.
E-mail: anaclaraludwig@hotmail.com

**Doutor em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015). Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho - UGF (2005). Especialista em Filosofia Política (2000) e em Filosofia: História do Pensamento Brasileiro (1999) pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Procurador do Município de Londrina. Professor convidado do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Membro das comissões coordenadoras dos cursos de Especialização lato sensu da Universidade Estadual de Londrina - UEL em Direito do Estado, em Direito Previdenciário e em Filosofia Política e Jurídica. Coordenador pedagógico do curso de Especialização lato sensu em Direito Previdenciário da Universidade de Cascavel - Univel. Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor convidado do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC.
E-mail: joao.esteves1000@gmail.com

Como citar: CUNHA, Ana Clara Ludvig; ESTEVES, João Luiz Martins. A autocomposição na esfera da improbidade administrativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 10-29, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.10. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de autocomposição na esfera da Lei de Improbidade Administrativa, frente as inovações legislativas que neste sentido atestam. Os setores públicos brasileiros compõem parcela significativa da litigiosidade nos tribunais pátrios, o que causa congestionamento do Poder Judiciário. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Improbidade Administrativa também não tem se mostrado como meio hábil ao combate aos atos de improbidade. Assim, a autocomposição apresenta-se como mecanismo novo e que se adequa a uma nova realidade como resposta a redução de litígios e respeito ao princípio da celeridade processual. Trata-se, ainda, da nova perspectiva do Direito Público Brasileiro, na qual se privilegia a ação dialogada, ponderada/proporcional e previsível. A pesquisa sedimenta-se em bibliografias e descrições, efetuadas em doutrina, jurisprudência e leis, na qual se conclui que a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos deve ser observada na esfera da Improbidade Administrativa, em virtude dos inúmeros dispositivos legais que regem a celebração de acordos neste âmbito, bem como por haver autorização expressa sobre a consensualidade, devendo os aplicadores do direito observar a analogia, os princípios gerais do direito e a hermenêutica.

Palavras-chave: Administração Pública. Autocomposição. Lei De Improbidade Administrativa.

Abstract: This article analyzes the possibility of alternative means of conflict resolution in the sphere of the Brazilian Administrative Improbability Law. Brazilian public sectors make up a significant portion of litigation in domestic courts, causing legal congestion in Brazil's justice system. According to the National Council of Justice, the Administrative Improbability Law has not proved to be a useful means of combating acts of improbity.

Thus, alternative means of dispute resolution presents itself as an instrument that adapts to a new reality seeking to reduce litigation and respect the principle of procedural speed. It is showing a new perspective of Brazilian Public Law, in which dialogue, weighted/proportional and predictable action is privileged. This research is based on bibliographic analysis, carried out with legal doctrines, jurisprudence, online articles and laws, in which it concludes that the use of alternative means of conflict resolution must be observed in the sphere of Administrative Improbability, due to the numerous legal provisions governing the conclusion of agreements in this area, as well as because there is no express prohibition on consensuality, therefore, law enforcers must observe analogy, general principles of law and hermeneutics.

Keywords: Public Administration. Self-Composition. Administrative Improbability Law.

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 8.429, que entrou em vigor em 2 de junho de 1992, famigerada como Lei de Improbidade Administrativa, dispõe, entre tantas, sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação a princípios da Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa tem se mostrado como um importante instrumento de defesa do patrimônio público e da moralidade e eficiência no desempenho da gestão dos recursos públicos. Esta lei responsabiliza os agentes públicos que infringem as normas. Trata-se do combate à corrupção e de punição daqueles que atuam em proveito próprio e não em prol do interesse público.

O dever de probidade, que consiste na ideia de moralidade administrativa, exige que os agentes públicos sirvam a Administração Pública com honestidade, sem que haja qualquer proveito pessoal em razão de suas funções.

Assim, a Lei nº 8.429/92, trata com bastante rigidez os agentes públicos que se desviam desta finalidade, almejando sancioná-los com penas que a própria Constituição Federal já previa, pois em seu artigo 37, §4º, dispõe:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei nº 8.429/92 previa, inclusive, em seu artigo 17, §1º, a impossibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações perpetradas contra agentes públicos transgressores da probidade administrativa. Todavia, atualmente, em razão da Lei nº 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime), é permitida a celebração de acordo nestas ações (BRASIL, 2019b).

Ou seja, poderá se privilegiar a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, com a celebração de acordos de não persecução cível pelas partes. A Lei Federal nº 13.655/18 que introduziu novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na matéria de Direito Público já do mesmo modo sinalizava.

Entretanto, em que pese a vedação de acordo ter sido suprimida da Lei de Improbidade Administrativa, que passou a admitir expressamente a sua celebração, o artigo 17-A do Pacote Anticrime, que continha maiores detalhes quantos aos referidos acordos foi integralmente vetado. Deste modo, pouco se sabe sobre a maneira que esses acordos se realizarão.

Sabe-se, todavia, que a noção de uma espécie intangível de indisponibilidade do interesse público tem sido gradativamente atenuada, não sendo mais possível conceber uma total dessemelhança do Direito Público com o Direito Privado, tendo esta, ainda, como sendo óbvia, evidente ou mesmo inerente ao sistema jurídico.

Portanto, o estudo projetar-se-á através dos seguintes questionamentos: A inclusão da

autocomposição na esfera de Improbidade Administrativa trata-se de um avanço? Como esses acordos se realizarão? Qual a nova perspectiva do Direito Público Brasileiro? A fim de responder as indagações expostas, o estudo comporá a análise aprofundada de doutrina, jurisprudência, artigos e leis que abordam esta temática.

1 AUTOCOMPOSIÇÃO: CONCEITO E ESPECIFICIDADES

O dinamismo característico da sociedade contemporânea faz com que o ordenamento jurídico pátrio careça de constantes adaptações a fim de normatizar as relações e corresponder aos anseios sociais de maneira eficiente e eficaz, e é justamente nesse contexto que a autocomposição surgiu como mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

Em que pese existirem tutelas jurisdicionais diferenciadas, a Justiça estadual não corrobora mais como meio exclusivo de solução de lides, pois em todo o país se têm dado enfoque a outros métodos adequados para pacificar a justiça. Trata-se dos meios alternativos de solução de conflitos (GRINOVER, 2016, p. 61-62).

Desse modo, um dos pressupostos primordiais da justiça conciliativa consiste na pacificação. Em virtude desse mecanismo, a solução do conflito ocorre por ato das próprias partes mediante conciliação ou mediação, ou por decisão de árbitros nomeados pelos próprios litigantes (GRINOVER, 2016, p. 62 e 66).

Pode-se obter a autocomposição através de transação ou conciliação. O primeiro caso diz respeito ao negócio jurídico em que os sujeitos da lide mutuamente fazem concessões com o objetivo de dirimir o conflito, e pode acontecer até mesmo antes de instaurado o processo ou na persecução processual, conforme orienta o artigo 487, inciso III, alínea b, do Código de Processo Civil (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 147).

Já a conciliação corrobora com a transação ocorrida em juízo por meio de intervenção do juiz, conciliador ou mediador junto aos litigantes, antes de iniciada a instrução processual. Assim, o acordo é reduzido a termo e homologado por sentença com resolução do mérito, de acordo com o art. 334, § 11, do NCPC (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 147). No entanto, segundo Petrônio Calmon (2008, p. 144):

[...] a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e propor formulas de acordo.

O novo Código de Processo Civil trouxe à tona o incentivo à solução consensual dos conflitos, estabelecendo, inclusive, que sempre que possível o Estado deve promover os meios

alternativos de resolução de litígios, enquanto que os juízes e operadores do direito devem fomentar a conciliação e a mediação, conforme ilustra o art. 3º, § 2º e § 3º, do CPC. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1140).

A Resolução 125/2010 editada pelo Conselho Nacional de Justiça dispôs especificamente a respeito da política adequada ao tratamento de conflitos pela autocomposição. Isso trouxe um marco cultural na esfera da pacificação de litígios, pois o Poder Judiciário compactuou com o papel de fomentar ações que incentivem a transação e/ou conciliação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Dessa forma, o princípio da autocomposição dos princípios está em consonância com o princípio do acesso à justiça descrito na Constituição Federal (art. 5º, XXXV, CF), cuja vantagem é reduzir a grandiosa carga processual que esbarra nos tribunais brasileiros (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1140).

Para Petrônio Calmon “não há consenso ao especificar as causas e muito menos indicar soluções para a crise da justiça, mas é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver” (CALMON, 2008, p. 05), firmando seu posicionamento, diante deste cenário, na “necessidade de manterem-se e fortalecerem-se todos os meios conhecidos para a solução de conflitos, a fim de que a limitação de um possa ser suprida por outro, proporcionando um sistema múltiplo, para a livre escolha pelos envolvidos, a depender da natureza do conflito” (CALMON, 2008, p. 154).

Nesse sentido, ainda que a participação da Administração Pública seja um tanto quanto recente aos acordos, notório é o desenvolvimento da consensualidade administrativa. Essa questão deriva do grande volume normativo acerca de instrumentos consensuais, bem como do crescimento de termos, acordos, compromissos, e outros, em lugar do paradigma clássico que se utilizava de uma decisão unilateral e imperativa (GUERRA; PALMA, 2018, p. 137-138).

Ocorre que os acordos administrativos se afirmaram como efetiva via decisória do Poder Público, estando praticamente sempre presente no exame de discricionariedade do gestor público. Em termos de cultura jurídica, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento das atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais. (GUERRA; PALMA, 2018, p. 137-138).

Carvalho Filho (2018, p. 1140-1141) explica que para o processamento da autocomposição em que é parte pessoa de direito público pode ser criadas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos por entes federativos, as quais estão situadas dentro dos limites da respectiva Advocacia Pública, nos moldes de seu regulamento próprio.

Incumbe, por este aspecto, a resolução conflitiva entre órgãos e pessoas da Administração; a realização de juízo de admissibilidade para verificar a possibilidade de autocomposição perante particulares e a Administração; a celebração de termo de ajustamento de conduta quando cabível; bem como a resolução de controvérsias cuja matéria seja o equilíbrio econômico-financeiro

contratual entre a Administração e particulares (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1140-1141).

No contexto das câmaras de prevenção e seus regulamentos também se possibilita instaurar mediação coletiva de conflitos atinentes à prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 33, parágrafo único, da Lei nº 13.140/15 (Lei de mediação). (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1140-1141).

Ainda que não sejam criadas as supramencionadas câmaras, a mediação pode ocorrer em consonância com as disposições comuns previstas na Lei nº 13.140/15, especialmente observando os artigos 14 a 20. Em havendo acordo entre as partes, este é reduzido a termo e qualifica-se como título executivo extrajudicial (art. 32, § 3º, Lei nº 13.140/15). (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1140-1141).

Por todo o exposto, a adoção de técnicas de autocomposição de conflitos corrobora com as transformações no seio da sociedade por meio do diálogo, da participação e consenso, razão pela qual há uma tendência de solução pacífica de lides em torno do globo, inclusive naquelas lides em que a Administração Pública é parte.

2 SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em primeiro momento, importante conceituar o instituto da improbidade administrativa, caracterizar as espécies de atos, a natureza jurídica da improbidade, os agentes que se submetem a esse regramento, assim como a ação a ser perpetrada para aplicar sanções aos que infringem a moralidade administrativa, para traçar um panorama sobre a autocomposição dentro da esfera da improbidade administrativa.

Consideram-se atos de improbidade aqueles praticados por qualquer agente público (servidor ou não) contra a administração direta, indireta ou fundacional perante os Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, de empresa ou entidade incorporada ao patrimônio público, cuja criação ou custeio tenha refletido mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual ao erário (BRASIL, 1992).

O parágrafo único do artigo primeiro da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) orienta que estão equiparados aos atos de improbidade aqueles praticados contra patrimônio de entidade que receba incentivo (fiscal ou creditício), benefício ou subvenção de órgão público, bem como aqueles em que o custeio ou criação concorram em menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual (BRASIL, 1992).

Os atos de improbidade classificam-se em três espécies: os que geram enriquecimento ilícito, os que atentam contra a administração pública e aqueles que causam prejuízo ao erário (MOREIRA NETO, 2014, p. 778).

No que diz respeito ao enriquecimento ilícito, o art. 9º da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92) ilustra que são os que o agente infrator obtém vantagem patrimonial indevida em virtude do cargo, mandato, emprego, função ou atividade que exerce perante as entidades narradas acima

(MOREIRA NETO, 2014, p. 778).

Por sua vez, causar lesão ao erário em decorrência de perda patrimonial, apropriação, dilapidação de bens ou haveres, desvio, malbaratamento por meio de ações ou omissões, sejam estas de natureza dolosa ou culposa, configura-se como ato de improbidade administrativa na modalidade prejuízo ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/92) (MOREIRA NETO, 2014, p. 778).

Em última instância, são classificados como atos de improbidade administrativa os que atentam contra os princípios concernentes à administração pública, mediante o emprego de ação ou omissão que infrinja a imparcialidade, os deveres de honestidade e lealdade às instituições, bem como ao princípio da legalidade, de acordo com o art. 11 da Lei de Improbidade (MOREIRA NETO, 2014, p. 778-779).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro elucida que a natureza jurídica inserida no Texto Constitucional indica que a improbidade administrativa é um ilícito civil e político, muito embora possam ocorrer consequências no âmbito penal concomitantemente com a persecução de processo na esfera criminal e na esfera administrativa (DI PIETRO, 2019, p. 1804).

Com o processo administrativo pode o agente perder a sua função pública, implicar em indisponibilidade de bens e consequente ressarcimento dos danos sofridos pelo erário, assim como ocorrer à suspensão de direitos políticos (DI PIETRO, 2019, p. 1804).

Carvalho Filho (2018, p. 1211) assevera que em sede da ação de improbidade administrativa se pretende o reconhecimento de atos ímprobos realizados por administradores públicos e terceiros, para então aplicar as sanções legais adequadas e resguardar o princípio da moralidade administrativa. O autor ainda argumenta que “sem dúvida cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1833) esclarece que há vedação pelo artigo 17, parágrafo primeiro, da Lei de Improbidade Administrativa para a realização de acordo, transação ou conciliação. Explica que a vedação mencionada está justificada pela notória relevância do patrimônio público em termos econômicos, morais e de outras naturezas, a que a ação de improbidade pretende preservar.

Todavia, no ano de 2013 entrou em vigor a Lei nº 12.846/13 conhecida por Lei anticorrupção, em que surgiu o acordo de leniência. Nesse contexto houve controvérsia sobre a possibilidade de celebração de acordo em ações na esfera da improbidade administrativa. Desse modo, os que defendem essa possibilidade de realização de acordo no âmbito da improbidade invocam alguns argumentos, a título de exemplo, o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DI PIETRO, 2019, p. 1833).

O artigo 26, introduzido em 2018 pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe à tona a permissibilidade de celebração de compromisso entre interessados e o poder público, com o objetivo de exaurir incerteza jurídica, irregularidades ou situações contenciosas na aplicação do direito público (DI PIETRO, 2019, p. 1833).

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) também editou resolução nas diretrizes da possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento, dada à configuração

de improbidade administrativa. Trata-se do artigo 1º, § 2º, da Resolução nº 179, do ano de 2017, que diz que “é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo de ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 02).

Aliás, alguns Ministérios Públicos estaduais regulamentaram a celebração dos compromissos supramencionados no âmbito da improbidade administrativa, como é o caso, por exemplo, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Resolução 03/2017 – CSMP) e do Ministério Público do Estado do Paraná (Resolução 01/2017 – CSMP).

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 (popularmente conhecida como Pacote Anticrime), passou-se a admitir expressamente a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, já que o artigo 17-A desta lei modificou o artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que antes proibia transações, acordos ou conciliações na esfera destas ações (BRASIL, 2019b).

O artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa passou então a dispor: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei” (BRASIL, 1992, online), de modo que há atualmente autorização legislativa expressa para que se promova acordos de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa.

Por todo o exposto, percebe-se que a supremacia do interesse público sobre o privado será resguardada, de modo que nenhum tipo de acordo que transgrida esse e outros princípios serão admitidos. Ou seja, não restam dúvidas de que não há violação à Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, será demonstrado na presente pesquisa que a perda da vantagem ilícita e o ressarcimento do dano podem ser objetos de acordo, justamente por estarem em consonância com a moralidade administrativa e por preservar os bens jurídicos tutelados pela Lei nº 8.429/92.

3 NOVO PARADIGMA À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Em análise a quantidade de processos judiciais que esbarram nos tribunais brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou no ano de 2012 um levantamento intitulado “100 maiores litigantes”, no qual se verificou que o setor público federal ocupava à época a primeira colocação entre os agentes que mais litigavam.

Trata-se de um diagnóstico que mapeia as possíveis causas e maiores incidências de conflitos, justamente para esboçar respostas para redução do grande número de processos em trâmite no Brasil. É o que se observa com um trecho da análise:

[...] o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e a telefonia representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual,

Federal e do Trabalho. Sendo que, com relação ao total de processos ingressados de cada Justiça, esse percentual quase atinge o patamar de 32,5% na Justiça Estadual, 93,5% na Justiça Federal e 5,5% na Justiça do Trabalho. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 07).

Paradoxalmente a isso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (2015, p. 15) publicou pesquisa sobre o uso da justiça e o litígio no Brasil no ano de 2015, cujo resultado demonstrou que os magistrados brasileiros ocupam o terceiro lugar em um ranking de produtividade composto por 42 países, estando entre os que mais produzem no mundo.

E ainda que o desempenho seja de alto nível, não se mostra suficiente para atender a quantidade de demandas geradas diariamente. Destaca-se que o país apresenta taxa de congestionamento de 70%, ou seja, “para cada 100 casos novos que ingressam no Judiciário, apenas 30 são baixados (resolvidos), causando um crescimento contínuo e expressivo do estoque de processos pendentes”. Ademais, há propensão ao litígio por determinado grupo de atores, dentre os quais a Administração pública é um dos mais contumazes (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 15).

Sobre o prolongamento temporal em relação ao julgamento das demandas em análise, salienta-se que a causa, de um modo geral, da quantidade de atrasos na tramitação diz respeito à necessidade de realização de duas intimações de cada parte na ocasião da Defesa Preliminar e a segunda para a apresentação de Contestação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 76).

O Conselho Nacional de Justiça também elaborou o texto “Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade” em que se demonstrou que há grave falha no sistema processual em termos de efetividade de decisões judiciais para o ressarcimento dos danos causados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 85).

Pois, mesmo depois de longa tramitação, verificou-se uma atuação não muito expressiva no sentido de se obter a reparação dos danos. Explicou-se ainda, que as ações na esfera da Improbidade Administrativa têm duração por décadas, não tendo um fim em muitos casos, o que reflete intimamente no índice baixo de ressarcimentos ao erário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 85).

Nesse sentido, é fica evidente a insuficiência da ação de improbidade administrativa como meio único e exclusivo de resolução de litígios nessa área, especialmente pelo resultado dessas criteriosas pesquisas realizadas. Por este aspecto, a autocomposição apresenta-se como mecanismo novo e que se adequa a uma nova realidade como resposta a redução de litígios e respeito ao princípio da celeridade processual.

No entanto, ao se discutir sobre a possibilidade de utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos em casos em que a administração pública é parte, alguns autores divergem. Há os autores que sustentam que não seria possível se valer de tais métodos nestes casos, usando como fundamento os princípios da indisponibilidade do interesse público, da legalidade e da publicidade (RANGEL, 2015, p. 284).

No que tange à indisponibilidade do interesse público, há autores que alegam não haver abertura para qualquer negociação, pois a indisponibilidade se trata de uma forma de proteção à sociedade. Este argumento é refutado pela doutrina dizendo que há direitos, dentro do interesse público, que podem ser tratados de forma mais flexível, já se admitindo, inclusive, a arbitragem nestes casos (RANGEL, 2015, p. 285).

Em relação ao princípio da legalidade, os opositores da mediação informam que à administração pública somente é dado praticar aquilo que a lei expressamente permite. Como forma de encerrar a discussão, a Lei nº 13.140/2015 trouxe expressamente a possibilidade de aplicação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos aos casos envolvendo a administração pública (RANGEL, 2015, p. 288).

No que tange à publicidade, discute-se a questão da previsão da cláusula de confidencialidade, que torna o procedimento sigiloso. Em relação à administração vigora o princípio de que todos os atos praticados são públicos, de forma a permitir a fiscalização por parte da sociedade. Há os que defendem que este dever de confidencialidade pode ser mitigado, e desta forma não subsistiria o óbice levantado por alguns. Tanto as partes poderão abrir mão da confidencialidade quanto a lei poderá permitir que os dados relativos à mediação/arbitragem sejam revelados (RANGEL, 2015, p. 293).

Os posicionamentos contrários a consensualidade vêm, todavia, sendo cada vez mais superados a medida que o Supremo Tribunal Federal a reconheceu como instituto a oportunizar a maximização do princípio do interesse público sobre o privado, conforme o trecho do seguinte acórdão:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF) (BRASIL, 2002).

Na ação em tela houve reconhecimento expresso da validade da transação celebrada em que era parte a Administração Pública, pois a solução adotada viabilizava o interesse público. Aliás, atestou o tribunal que sequer existia renúncia a direitos ou alienação de bens pelo município, o que mais uma vez provava a validade do acordo sem que houvesse lei específica a autorizar a consensualidade aos agentes públicos.

Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 302) também entende que “a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público”. Isso porque Almeida acredita que “o atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela

decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo”.

Neste ponto, deve ser destacado ainda que, em relação a direitos indisponíveis, nem a Lei Federal nº 13.140/2015, nem o Código de Processo Civil, impedem que haja a autocomposição destes. O artigo 334, parágrafo 4º, inciso II, do CPC, prevê que a audiência de conciliação somente não deve ser realizada se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição (BRASIL, 2015).

Assim, a doutrina tem se preocupado em classificar direitos indisponíveis, rotulando-os como de:

- a) indisponibilidade absoluta (irrenunciável, insuscetível de transação e de persecução processual obrigatória); b) indisponibilidade relativa (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual obrigatória); c) disponibilidade limitada (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa). (MIRANDA NETTO, 2009, p. 6396).

É inegável que a margem de liberdade para a realização de acordos pela Administração Pública não é irrestrita, uma vez que existem critérios nítidos para a realização de transações. O Fórum Nacional do Poder Público (FNPP) em seu enunciado 16 prevê inclusive que: “A Administração Pública deve publicizar as hipóteses em que está autorizada a transacionar” (FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO, 2016).

Além do mais, para que a Administração Pública transacione também é imprescindível que se obedeça ao princípio da impessoalidade, bem como que, em razão do princípio da legalidade, ambos princípios previstos no artigo 37, da Constituição Federal, haja autorização normativa, que estabeleça parâmetros e formas para a realização destes acordos.

Desta forma, embora a liberdade para a Administração Pública transacionar seja menor do que a existente no setor privado faz-se possível que se concretizem acordos a serem homologados judicialmente quando versarem sobre conflitos, inclusive em observância aos princípios administrativos, dos quais se extrai o da publicidade, impessoalidade e legalidade.

A Lei nº 12.846/13 trata a respeito da responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas que cometem ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Tornou-se popularmente conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 126).

Após o lapso temporal de quase dois anos da publicação da Lei adveio o Decreto Regulamentador nº 8.420 de 2015, em que se especificou sobre o instituto do compliance e do Acordo de Leniência (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 32).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Acordo de Leniência guarda semelhança com o instituto penal e conceitua-se como a “confissão do acusado jungida com a colaboração com os órgãos investigatórios para identificação dos demais participantes do ato ilícito e elucidação dos fatos e, por isso, recebe benefícios pela sua contribuição” (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 34).

O Acordo de Leniência está disposto nos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/13:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte. [...].

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. (BRASIL, 2013).

Como benefícios do acordo em tela estão à redução da pena de multa até o máximo de dois terços, a isenção quanto à proibição de recebimento de subsídios, incentivos, subvenções, doações e empréstimos de entidades públicas, órgãos e instituições financeiras públicas, além disso, há a isenção da pessoa jurídica de publicação de decisão condenatória (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 41).

Não restam dúvidas, portanto, de que “a consensualidade é um instrumento de legitimidade dos Acordos de Leniência que, por sua vez, é um instrumento de manifestação do paradigma da Administração Pública Dialógica”. Especialmente, porque permite ao infrator participar de decisões e processos na seara administrativa. (SALES; BANNWART JUNIOR, 2015, p. 47).

O que se pretende demonstrar é que os bens jurídicos resguardados pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) e pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) também são deveras semelhantes, de modo que não se pode falar em realização de acordo de leniência na esfera da Lei de Anticorrupção Empresarial, sem que os dirigentes da empresa concorrentes ao ato lesivo não possam negociar acordo na esfera da Improbidade Administrativa, sem ferir o princípio constitucional da igualdade.

Conforme exposto anteriormente, o Novo Código de Processo Civil dedicou espaço minucioso aos meios alternativos de solução de conflitos, na medida em que reservou à conciliação seção própria (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 147).

Por esse ângulo, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) regulou sobre a hipótese de solução de controvérsias jurídicas entre a Administração Pública da seguinte forma:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

(...)

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. (BRASIL, 2015).

A consensualidade fomenta, inclusive, a cidadania ao permitir que as partes litigantes

construam a solução para as matérias colocadas à mesa em razão do conflito, razão pela qual representa importante avanço no Direito Brasileiro e apresenta melhora significativa em aspectos de quantidade de redução de novos processos. Conforme as palavras de Renato Horta Rezende (2017, p. 288):

A consensualidade compreende uma das potencialidades decorrentes da lógica racional negocial voltada para a prevenção ou resolução de conflitos, assim, ainda que os partícipes possuam cada qual razões instrumentais pessoais, existindo, inicialmente, o prévio direcionamento à resolução, a consensualidade será possível.

Destarte, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB) sofreu alterações em sua redação pela Lei nº 13.655/2018. Uma importante alteração foi a inclusão de um dispositivo que trouxe à tona um novo regime jurídico: a autorização de negociações mediante acordos e compromissos entre administradores públicos e particulares (GUERRA; PALMA, 2018, p. 138).

Em verdade, o art. 26 da LINDB tem como objeto principal propiciar a superação da dúvida jurídica acerca do procedimento genérico de transações em que é parte a Administração Pública. Assim, esse acordo previsto no artigo mencionado corrobora com nova espécie de compromisso, que trouxe o mínimo regulamentar, requisitos de validade e efetividade à garantia de interesses gerais (GUERRA; PALMA, 2018, p. 147).

Isto porque, ainda que houvesse julgado do Supremo Tribunal Federal desde 2002 admitindo a possibilidade de realização e acordos com a administração pública (Recurso Extraordinário nº 253.885, relatoria da Min. Ellen Gracie), a realidade era que, na ausência de regulamentação legal, não havia a segurança jurídica necessária para a promoção da consensualidade.

À vista disso, mais uma vez consagrou-se a dinâmica da consensualidade por meio da Lei nº 13.655/2018. Pois, trouxe “permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos”, os quais serviam para colocar fim a incerteza jurídica, a irregularidades e situações contenciosas (GUERRA; PALMA, 2018, p. 138 e 140).

Não obstante, também confere diretrizes de suma importância à prática jurídica no que diz respeito ao exercício da consensualidade e negociações paritárias e, cada vez mais, públicas. O que faz com que o princípio do interesse público sobre o privado seja respeitado e atenda efetivamente a segurança jurídica e os interesses gerais (GUERRA; PALMA, 2018, p. 140).

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 conhecida por “Pacote Anticrime”, alterou-se a redação da Lei de Improbidade Administrativa com a criação de acordo de não persecução cível, ou seja, passou-se a permitir especificamente a transação em ações de improbidade através do parágrafo 1º, do artigo 17. Assim “há autorização expressa para que tanto o Ministério Público quanto os entes lesados por atos de improbidade façam acordos com quem os cometeu” (CANÁRIO, 2019).

Fábio Medina Osório (2020, p. 01) concluiu que:

O instituto tem uma natureza de direito material bifronte: uma transação que reúne características de colaboração premiada e termo de ajustamento de conduta em ações ou investigações em improbidade administrativa ou em ações de improbidade empresarial. Em sendo assim, por envolver negociação de sanções e ilícitos (direito material), o instituto de não persecução cível gera efeitos que estabilizam relações jurídico-processuais.

Ressalta-se que determinados ilícitos estão interligados em mais de uma área do direito, a título de ilustração: um fato tipificado no código penal também pode ser considerado ato de improbidade administrativa ou vice-versa, caracterizando-se a responsabilidade do indivíduo nas esferas administrativa e penal. Assim, o dispositivo em comento representa uma inovação legislativa “por se qualificar como nova modalidade de interferência nas searas criminal, cível e administrativa” (OSÓRIO, 2020, p, 21).

Cumpra observar o entendimento de Freddie Didier Junior e Daniela Santos Bonfim (2016, p. 116) sobre a possibilidade de autocomposição na esfera da improbidade administrativa:

Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade. O §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa: “§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. Finalmente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. único, CPC).

Entretanto, o art. 17-A incluído na Lei de Improbidade Administrativa por força do Pacote Anticrime, que trazia detalhes sobre o *modus operandi* dos acordos fora vetado integralmente pelo fato de que não seria justificável a competência exclusiva atribuída ao Ministério Público, eis que outras pessoas jurídicas de direito público poderiam sofrer atos de improbidade, sendo também legitimados para propor ação (BRASIL, 2019a).

O veto em tela traz consigo sérios problemas sobre o manejo adequado para a consensualidade no âmbito administrativo, mas não configura óbice à realização de acordos, inclusive, porque não há qualquer proibição expressa sobre tal prática, devendo o jurista se valer da hermenêutica e da valorização da analogia, dos princípios gerais do direito e dos preceitos existentes em normativas que assim já orientavam.

Ademais, em razão da inclusão do artigo 17, § 10-A, da Lei de Improbidade Administrativa, também pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), tem-se que havendo a possibilidade de

solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, sendo que este prazo não pode ser superior a 90 (noventa) dias.

Além disso, por óbvio o compromisso a ser assumido não pode prever um conjunto de obrigações que seja mais oneroso ao contratante do que as próprias sanções finais estimadas, às quais se pretende substituir, sob pena de se desestimular sua celebração. Do mesmo modo, porém, as obrigações não podem ser desproporcionalmente mais leves do que aquelas esperadas, sob pena de, desta feita, ser o poder público leniente com os casos de irregularidade.

A solução, portanto, tem de ser construída a partir de obrigações proporcionais e equânimes voltadas à decisão administrativa final, em consideração a todos os elementos contextuais para a decisão, o comportamento do compromissário, o nível de avanço do processo e até mesmo impasses burocráticos (GUERRA; PALMA, 2018, p. 161-162).

Nesse sentido, os tribunais pátrios vêm entendendo pela aplicação da alteração legislativa dada pela Lei nº 13.964/2019, de forma a admitir na esfera das ações de improbidade administrativa acordos de não persecução civil, conforme se extrai da seguinte decisão, proferida pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL - CELEBRAÇÃO ANTES DA ALTERAÇÃO DO ART. 17, § 1º DA LEI 8.429/1992 PROMOVIDA PELA LEI 13.964/2019 - HOMOLOGAÇÃO - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE E RESSARCIMENTO DO DANO - INTERESSE PÚBLICO ATENDIDO

1. A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em seu art. 6-A, alterou a redação do art. 17, §1º da Lei 8.429/1992, para admitir a celebração de acordo de não persecução cível no âmbito das ações de improbidade administrativa.
2. Antes da alteração art. 17, §1º da LIA, a doutrina já sustentava a possibilidade da realização de acordo no âmbito de ação de improbidade administrativa, como consectário das alterações promovidas na legislação penal que passaram a prever a possibilidade de transação na seara do direito sancionador. Por sua vez, a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público permitia que os membros do Parquet fizessem termos de ajustamento de conduta no âmbito das ações civis públicas.
3. Conquanto o acordo firmado nos autos seja anterior ao advento da alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/2019, é possível sua homologação, tendo em vista que: o instituto já era previsto na Resolução CNMP 179/2017; a nova lei, que envolve direito sancionador, pode retroagir para beneficiar o réu; não é razoável exigir que as partes façam outra transação, agora sob a égide da nova legislação.
4. Constatação de que o acordo de não persecução cível firmado entre as partes obedece a critérios mínimos estabelecidos tanto na doutrina como no regulamento do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais, vez que prevê a confissão do réu, contempla o ressarcimento ao erário, a imposição de multa e sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público.
5. Acordo que promove a concretização do interesse público, na medida em que contempla a responsabilização do agente que cometeu ato ímprobo, com aplicação

imediate de sanção proporcional e suficiente para a repressão e prevenção e, ao mesmo tempo, assegura o ressarcimento ao erário.

6. Recurso provido. (MINAS GERAIS, 2020).

Na decisão em tela, além de se ter homologado o acordo concretizado pelas partes antes mesmo da vigência da Lei nº 13.964/2019 que passou a prever expressamente esta possibilidade, se entendeu que este acordo promovia a concretização do interesse público, já que houve aplicação imediata de sanção proporcional e suficiente, assegurando, ainda, o ressarcimento ao erário público.

Desse modo, está superada aquela visão tradicional do Direito Administrativo, que considera que em todo caso de conflito envolvendo a Administração Pública em um dos polos, este deve ser, obrigatoriamente, resolvido por meio de sentença judicial. As inovações legislativas, que trazem a consensualidade no âmbito público à tona, trata-se da nova faceta do Direito Administrativo no Brasil, em que há (ou pelo menos deve haver) espaço para a ação dialogada, ponderada/proporcional e previsível.

Desta forma, é possível constatar a aplicabilidade da autocomposição na esfera da improbidade administrativa, ainda que o artigo 17-A da Lei nº 13.964/2019, que trazia maiores aspectos sobre os procedimentos dos acordos tenha sido vetado, em razão da derrogação do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa por diversas razões: a) pela incompatibilidade lógica com os acordos de colaboração; b) pela Resolução 179/2017 formulada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que previu expressamente a celebração de compromissos de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa; c) pelo fato de que a LINDB disciplina pela revogação de lei anterior pela incompatibilidade com lei posterior que regule a matéria.

CONCLUSÃO

Os setores públicos brasileiros compõem parcela significativa da litigiosidade nos tribunais pátrios, o que causa congestionamento do Poder Judiciário e uma demanda incrivelmente alta a que os magistrados precisam enfrentar diariamente.

Muito embora sejam múltiplos os motivos da mencionada litigiosidade, a lógica do direito é se adequar aos anseios da sociedade e delinear contornos para relações mais harmoniosas e pautadas na justiça. Por tal razão, a autocomposição surgiu como instituto de grande importância no mundo todo, uma vez que passou a permitir aos sujeitos da lide obter respostas e chegarem a consensualidade, preservando também a máxima da busca pelo acesso à justiça.

Por este ângulo, a leitura da consensualidade está em consonância com os princípios instituídos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que se amolda ao respeito à eficiência administrativa, a indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, eficiência administrativa, entre outros.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92) orienta sobre sanções concernentes aos agentes públicos quando da realização de atos ímprobos, tal qual a violação aos princípios da administração pública, o enriquecimento ilícito e danos ao erário, conforme os artigos 9, 10 e 11.

Todavia, a legislação em comento demonstrava rigidez no que diz respeito à possibilidade de transação, conciliação e acordo nas ações perpetradas contra os transgressores (conforme art. 17, §1º), o que pode ser justificado também pelo período em que foi elaborada.

Mas, com o lapso temporal vieram à tona muitos regramentos no sentido de viabilizar a consensualidade em paralelo a ação de improbidade, como é o caso da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), a Resolução 125/2010 editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), bem como a recente edição na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

A Lei Anticorrupção empresarial abriu vias para a realização de acordos de leniência com a Administração Pública, reforçando a tese da utilização dos mecanismos de solução consensual de litígios. E, em havendo absurda semelhança entre os institutos abalizados pela LAE e pela LIA, a não realização de acordo da esfera da Improbidade Administrativa apresenta-se como lesão ao princípio constitucional de igualdade.

Mais tarde, o Pacote Anticrime adveio com importantes inovações: passou-se a permitir a transação em ações de improbidade administrativa na esfera da improbidade administrativa por meio da inclusão do artigo 17, parágrafo 1º, na Lei nº 8.429/92. Trata-se da criação do acordo de não persecução cível.

Em que pese o evidente avanço na legislação pátria, o artigo 17-A fora vetado pela justificativa de que a competência para propositura das ações nessa área não poderia ser restrita ao Ministério Público. Neste artigo havia detalhes sobre os meios de realização dos acordos e sua ausência trouxe dúvidas sobre o manejo da consensualidade nas ações de Improbidade administrativa.

Todavia, conclui-se no presente trabalho que a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos deve ser observada na esfera da Improbidade Administrativa, em virtude dos inúmeros dispositivos legais que regem a celebração de acordos neste âmbito, bem como por haver autorização expressa sobre a consensualidade, devendo os aplicadores do direito observar a analogia, os princípios gerais do direito e a hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Brasília: AMB, 2015.

BRASIL. Constituição (1998), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. **Estudo do veto nº 56/2019**. Brasília, DF: Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, 2019a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8060620&ts=1587756290602&disposition=inline>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 1992, n. 105 p. 6993, 3 jun. 1992.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 2013, n. 148, p. 1, 2 ago. 2013.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019b**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 2019, p. 1, 24 dez. 2019. edição extra.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso especial nº 253885**. MG. (1 Turma). Poder Público. Transação. Validade [...]. Relatora: Min. Ellen Gracie, 04 de junho de 2002. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;re:2002-06-04;253885-1775410>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CANÁRIO, Pedro. Nova “lei anticrime” permite acordos em ações de improbidade administrativa. 2019. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-anticrime-permite-acordos-aco-es-improbidade>. Acesso em: 22 abr. 2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Lei de improbidade administrativa**: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior. Equipe Gregório Assagra de Almeida et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Brasil). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 18 abr. 2020

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 179/17**. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cncmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 67, p. 116, jan./mar. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO, 1., Brasília, 2016. **Enunciado nº 16**. Brasília, 2016. Disponível em: forumfnpp.wixsite.com. Acesso em: 25 jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600445/mod_resource/content/1/33-72%20-Ensaio%20sobre%20a%20processualidade%2C%20Ada%20Grinover.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0382.15.007024-3/003**. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Acordo de não persecução cível [...]. Relatora: Des. Áurea Brasil, 24 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0382.15.007024-3%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; MEIRELLES, Delton R. S. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a administração pública. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais**[...]. Maringá: Fundação Boiteux, 2009. p. 6396.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

RANGEL, Roberta Maria. A mediação na administração pública: o PLS n. 405, de 2013 e o PL n.

7.169, de 2014. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

REZENDE, Renato Horta. A impostergável necessidade de adequação da Administração Pública tributária à lógica racional negocial pós-moderna. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 134, p. 279-306, maio/jun. 2017.

SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 10, n. 3, p. 31-50, set/dez.2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

Como citar: CUNHA, Ana Clara Ludvig; ESTEVES, João Luiz Martins. A autocomposição na esfera da improbidade administrativa. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 10-29, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 21/07/2020

Aprovado em: 08/02/2021

**AMPLIAÇÃO DA ACESSIBILIDADE CONFERIDA ÀS PESSOAS
COM DEFICIÊNCIA TRAZIDAS PELAS LEIS Nº 13.825/2019
E 13.835/2019**

EXTENSION OF ACCESSIBILITY GIVEN TO PERSONS WITH
DISABILITIES BRIDGED BY LAWS Nº 13.825/2019 AND
13.835/2019

Gabriel Cavalcante Cortez*
Ana Claudia Duarte Pinheiro**

Como citar: CORTEZ, Gabriel Cavalcante; PINHEIRO, Ana Claudia Duarte. Ampliação da acessibilidade conferida às pessoas com deficiência trazida pelas leis nº 13.825/2019 e 13.835/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 30-53, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 30. ISSN: 1980-511X

Resumo: Ao tecer considerações a respeito das inovações legislativas conferidas à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo científico aborda as Leis nº 13.825 e 13.835, ambas de 2019, que buscam estabelecer a determinação de percentual mínimo de unidades sanitárias diferenciadas em atenção às necessidades das pessoas com deficiência, consolidando o direito ao lazer em toda sua extensão, bem como a possibilidade do cliente em solicitar à instituição financeira a qual permanece vinculado, a utilização de cartões magnéticos com relevo pelo sistema braile, tendo em vista as limitações das pessoas com dificuldade visual. Por intermédio do método hipotético-dedutivo, pautado no referencial teórico acerca da mudança de pensamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial, parte-se à análise da evolução histórica do tratamento legal conferido às pessoas com excepcionalidades. Investiga-se os principais diplomas legislativos acerca da matéria e, especialmente a Lei nº 13.146/2015, a qual promove a teoria da capacidade em detrimento da antiga teoria das incapacidades civis. Com a ampliação da autonomia de vontade da pessoa com deficiência, e conseqüentemente a garantia de direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana, busca-se refletir se foram, efetivamente, conferidas oportunidades coerentes e justas a tais pessoas que, apesar das limitações, permaneçam em atividades.

Palavras-chave: Acessibilidade. Cartão Magnético Bancário. Inclusão. Pessoa Com Deficiência. Unidades Sanitárias Diferenciadas.

* Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário junto ao Gabinete do Juízo da 2ª Vara Cível, da Fazenda Pública e de Competência Delegada do Foro Regional da Comarca de Cambé/PR, integrante do Foro Central da Região Metropolitana da Comarca de Londrina/PR, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Ex-monitor no curso de pós-graduação “lato sensu” a nível de especialização em Direito Previdenciário, vinculado à UEL. Colaborador e membro de diversos projetos de pesquisa, ensino, extensão e formação complementar vinculados à UEL. E-mail: gabrielcortez442@gmail.com

** Doutora em Geografia. Mestre em Direito Negocial. Ambos pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito e Serviço Social, também pela mesma instituição. Docente de graduação e pós-graduação da UEL. Coordenadora do Programa de Formação Complementar intitulado “Disseminação de trabalhos de conclusão do curso de graduação em Direito: processo de integração da comunidade acadêmica interna e externa”. E-mail: acdp@uel.br.

Abstract: When making considerations regarding the legislative innovations conferred to people with disabilities in the Brazilian legal system, the scientific article addresses Laws nº 13.825 and 13.835, both of 2019, which seek to establish the minimum percentage of differentiated health units in attention to the needs of women. people with disabilities, consolidating the right to leisure in all its extension, as well as the client's possibility to ask the financial institution to which he / she remains linked, the use of magnetic cards with relief by the Braille system, considering the limitations of people with difficulties visual. Through the hypothetical-deductive method, based on the theoretical framework about the change in legislative, doctrinal and jurisprudential thinking, the analysis of the historical evolution of the legal treatment given to people with exceptional circumstances starts. The main legislative diplomas on the matter are investigated, and especially Law nº 13.146/2015, which promotes the theory of capacity at the expense of the old theory of civil disabilities. With the expansion of the autonomy of will of the person with disabilities, and consequently the guarantee of fundamental rights resulting from the dignity of the human person, we seek to reflect on whether, in fact, coherent and fair opportunities were given to such people who, despite limitations, remain in activities.

Keywords: Accessibility. Magnetic Bank Card. Inclusion. Disabled Person. Differentiated Health Units.

INTRODUÇÃO

As inovações oriundas da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência alteraram diversos diplomas legislativos, mas de maneira especial apontaram para uma nova direção que vinha se corporificando na sociedade, ao longo das últimas décadas: a própria noção de entendimento que se tinha de pessoa com deficiência e das importantes diferenças e características que cada um poderia apresentar.

Houve a superação de diversos obstáculos históricos e culturais, acompanhando as mudanças sociais, dando nova roupagem a institutos jurídicos, ou ainda dando espaço para a criação de figuras jurídicas ainda sem precedentes. Neste espeque, salienta-se que em muito tempo no ordenamento jurídico pátrio vigorou a teoria das incapacidades, na qual a pessoa com deficiência era tida como incapaz para a celebração de atos da vida civil, como, por exemplo, celebrar contrato de imóvel.

A intervenção de outrem era obrigatória, não se levando em consideração a espécie e o grau de limitação que a excepcionalidade impunha em relação ao discernimento e à manifestação livre da vontade. Muitas incapacidades físicas norteavam a capacidade ou incapacidade cognitiva, como se estivessem totalmente interligadas de forma consequente, a ponto de limitar o indivíduo à condição de uma permanente e irreversível dependência.

Comuns tais situações, mesmo quando as deficiências não se apresentavam absolutamente limitadoras no sentido cognitivo, podendo, o indivíduo, de alguma forma expressar sua vontade e, em muitos casos se viam numa condição cruel de dependência e sem possibilidade de exercer muitos atos da vida civil e cotidiana, apesar da evidente condição de expressar sua vontade e de exercer os direitos nas mesmas condições daqueles que considerados aptos para a vida civil.

O que foi criado para proteger, encarcerava o indivíduo, limitando a todos mais que a própria limitação a que fora sujeito, desde o nascimento ou não, pelas contingências da vida. Muitos dos importantes recursos, criados pela ciência, ao longo do tempo e que contribuíram para a superação de diversas situações anteriormente impossíveis de serem vencidas, foram desconsiderados, mantendo cada um preso à sua condição.

Os primeiros passos do regime jurídico brasileiro, ao longo da história, foram de conferir inclusão e acessibilidade material, especialmente de locomoção, para as pessoas com deficiência, deixando em segundo plano a atenção no que se refere à autonomia de gerir os direitos de personalidade, o corpo, a vida.

Neste condão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa importante marco histórico e jurídico, na medida em que rompeu com uma concepção de absoluta limitação, entendendo cada um na sua condição de indivíduo. A teoria da incapacidade dá lugar à capacidade plena, até prova em contrário por meio de ação de interdição. Conferiu, ainda, mecanismos de inclusão e acessibilidade mais efetivos, corroborando com os diplomas já existentes, dando implementação a um verdadeiro e inovador sistema jurídico. Promove a igualdade ao reconhecer as diferenças.

Com esta visão progressista, em prol da dignidade da pessoa humana e da isonomia, houve a promulgação das Leis nº 13.825/2019 e 13.835/2019, as quais buscam tratar de maneira diferente pessoas com deficiências pontuais para, então, promover concretamente a efetivação à inclusão social, à vida social com qualidade mínima junto as demais pessoas, com a previsão obrigatória de banheiros químicos especiais em eventos e cartões de crédito e débito em braile, respeitando as múltiplas limitações física e visual de diferentes parcelas da população humana.

A respeito da metodologia empregada, entende-se pertinente o método hipotético-dedutivo ao partir da análise do macro para o micro. O estudo do sistema jurídico de direitos conferidos à pessoa com deficiência pressupõe a contemplação de aspectos gerais para a inserção na ótica privada daqueles integrantes nesta categoria, e também de seus conviventes.

Ainda, a revisão bibliográfica permite estabelecer o arcabouço histórico-cultural que ensejou na publicação de legislação e doutrina sobre o tema, além de impulsionar especificamente a jurisprudência, haja vista corresponder à fonte dinâmica do Direito, dando nova interpretação às normas diante do atual panorama vivenciado. Em tempo, a investigação do comando jurídico relacionado à pessoa com deficiência abarca o contexto necessário para entender e compreender os motivos das Leis nº 13.825 e 13.835, ambas de 2019, e seus desdobramentos na efetivação pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

1 PANORAMA INICIAL DA PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A questão de estabelecer garantias mínimas para a concessão de direitos às pessoas com deficiência na história jurídica brasileira foi uma experiência árdua. Apoiados por levantes internacionais das minorais, como movimentos feminista e pela liberdade sexual, o afã pelo reconhecimento e pela inserção de pessoas com deficiência ganhou destaque a partir da década de 1970.

Embora durante todo o século XX surgissem iniciativas voltadas para as pessoas com deficiência, foi a partir do final da década de 1970 que o movimento das pessoas com deficiência surgiu, tendo em vista que, pela primeira vez, elas mesmas protagonizaram suas lutas e buscaram ser agentes da própria história. (HISTÓRIA..., 2010, p. 12).

A pauta da representatividade tornou-se necessária quando a condição humana das pessoas com aspectos especiais ou mobilidade reduzida começou a ser desrespeitada, desconhecida, irrelevante perante a legislação já vigente, que buscava realizar a justaposição entre homens e mulheres, em prol da igualdade formal, sem, contudo, buscar a efetivação da igualdade material, buscando desenvolver as pessoas para que todos pudessem estar no mesmo patamar de condições e oportunidades.

Ressalta-se que entre os anos 1970 e 1980 houve grandes reivindicações por parte da

sociedade civil em busca do reconhecimento formal, legislativo, de direitos humanos implícito em diferentes facetas. Vigorava o pensamento de que pessoas com qualquer tipo de deficiência não poderiam ter acesso às mesmas condições, serviços e direitos das demais pessoas, sendo costumeiramente deixadas em casa ou postas em centros conhecidos como asilos e manicômios.

A institucionalização revelou-se nociva aos interesses das pessoas com deficiência, seus familiares e à sociedade. O Estado, assim como a sociedade padeciam de enfermidades graves: a intolerância, a discriminação e o preconceito. Entretanto, apesar da evolução da sociedade, o Estado permaneceu inerte, mantendo as antigas condições aos deficientes. Houve a união de esforços de diversos segmentos da sociedade, em atenção à nova compreensão médica e tratamentos ofertados, que insistiam em fornecer uma nova ótica assistencial a tais pessoas.

Essa defesa implicou na reivindicação de sistemas de atenção em saúde e reabilitação públicos e de apoios à criação, inclusive, de casas comunitárias mantidas pelo setor público tendo em vista o número de pessoas com deficiências institucionalizadas em serviços de retaguarda ou asilos e manicômios. (OLIVER, 1998 apud SILVA; OLIVER, 2019, p. 286).

Foi um período inicial de desinstitucionalização, de confronto, queda e rompimento de instituições e dilemas provenientes das áreas da saúde e do mundo jurídico, reverberando junto ao Poder Público e às entidades e demais pessoas de direito privado.

Movido à crescente demanda popular, apoiada pela busca e reconhecimento de melhores condições de vida social, houve a elevação ao “status” de direito e garantia fundamental o acesso à saúde pelas pessoas com deficiência, ao passo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) asseverou a competência comum, concorrente de todos os entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para com o cuidado da saúde e assistência social a este segmento populacional, nos termos do artigo 23, II (BRASIL, 1988). Posteriormente, adveio a edição da Emenda Constitucional nº 65/2010, cuja contribuição foi de incumbir ao Estado e à sociedade o resguardo da criança, do adolescente e da pessoa com deficiência junto ao núcleo familiar, concedendo meios de integração familiar e inserção no mercado de trabalho, ao garantir nova redação ao artigo 227, § 1º, II.

Com a redemocratização do Estado Brasileiro, a temática das pessoas com deficiência passou do arcaico pretexto de institucionalização para o incentivo à autonomia da vontade, na medida e sempre que possíveis. Para Luiz Alberto David Araujo (2012, p. 71-72),

a legislação infraconstitucional demorou muito, em alguns casos, para se efetivar, como já mencionado. Os comandos constitucionais vinham fundados em normas que necessitavam de integração infraconstitucional, de maneira que muitos tiveram de aguardar anos e anos para sua efetivação.

Tais afirmações encontram resguardo na nova roupagem legislativa, como, por exemplo, no artigo 227, § 1º, II, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988); no artigo 3, a, do Decreto nº 6.494/2009

(Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, ou Convenção de Nova Iorque); no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 7.853/1989 (BRASIL, 1989); nos artigos 1º, “caput” e 4º, “caput” da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) (BRASIL, 2015) e no artigo 5º, II, do Decreto nº 3.298/1999 (BRASIL, 1999).

Inspirado nos novos caminhos trilhados pela Constituição Cidadã, foi criada a Lei nº 7.853/1989 (BRASIL, 1989). O enfoque primordial desta lei refere-se ao acesso à urbanização, à edificação, à comunicação e aos meios de transporte, sejam eles públicos ou privados, para facilitar a integração das pessoas com deficiência à vida plena em sociedade. Estabeleceu as diretrizes iniciais para que o Poder Público adotasse as atividades necessárias para efetivar a participação e o acesso das pessoas com deficiência junto à educação, à saúde e à integração ao mercado de trabalho. E, caso as medidas não sejam cumpridas pela Administração Pública, houve, neste caso, a ampliação de legitimados para a propositura de ação civil pública para tanto, oportunidade que a sentença, com eficácia “erga omnes”, busca compelir a efetivação de direitos e acessos indispensáveis às pessoas com deficiência.

Com este panorama inicial, houve prosseguimento de novas espécies normativas para regulamentar as disposições já existentes, ou criar conjuntos que visem a melhoria de condições já existentes, ou a inovar com a inserção de novos meios em favor de tal parcela da população.

Deste modo, feitas as considerações iniciais para o entendimento da questão da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se investigar os principais diplomas normativos acerca da matéria, começando com a Lei nº 10.098/2000 (Lei de Acessibilidade) (BRASIL, 2000b).

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 10.098/2003, cujo intuito foi buscar a integração inicial entre o público de pessoas com deficiência, até então segregados, marginalizados e, muitas vezes, esquecidos por todos, com o restante da população.

O intuito consiste na redução e eliminação de obstáculos de ordem física que impeçam ou dificultem o acesso de pessoas com deficiências nos espaços públicos e privados, ferindo-se, assim, a dignidade da pessoa humana, expondo-a em situações de vulnerabilidade e por vezes, vexatórias e constrangedoras. Para que haja o entendimento uniforme da lei, houve, por bem, a positivação do conceito de acessibilidade, o qual representa o marco inicial, mínimo, donde as personalidades de direito público e de direito privado devem, obrigatoriamente, realizar obras ou infraestruturas condizentes a esta plataforma.

Assim, define o artigo 2º, I, da Lei nº 10.098/2000 que:

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; [...]. (BRASIL, 2000b).

Logo, acessibilidade está diretamente relacionada com dignidade e segurança, principalmente de natureza física, vinculada ao melhor aproveitamento de móveis, espaços, transportes, tecnologias e outros meios pertinentes que confirmam bem-estar à pessoa. O enfrentamento a obstáculos, entendido como tudo aquilo contrário ao livre acesso, por meio do raciocínio lógico inverso, configura princípio basilar de atuação da sociedade civil, pois se faz pertinente a fiscalização constante.

Neste norte, “[...] as dificuldades e limitações das condições de acesso aos bens e serviços sociais e culturais configuram uma das mais perversas condições de privação da liberdade e da equidade nas relações sociais que são fundamentais para o ser humano” (MAZZOTTA, 2006 apud GOMES; REZENDE; TORTORELLI, 2010, p. 136).

Sendo assim, necessário se faz o enfrentamento cotidiano e assíduo por parte de todos, no que tange às visualizações e reclamações ao enfrentamento de obstáculos à acessibilidade, uma vez que a humilhação experimentada pela pessoa com deficiência a coloca em situação de vulnerabilidade em relação aos demais. E, via de consequência, evidencia o adoecimento de setores da sociedade que precisam de intervenção política, moral ou judicial.

1.1 CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DE NOVA IORQUE – DECRETO Nº 6.949/2009

Especial atenção merece o Decreto nº 6.949/2009, o qual retificou a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, no ano de 2007 (BRASIL, 2009).

Em que pese o louvável avanço do pensamento e da legislação brasileiras, foi necessário a reunião de diversos Estados para a reafirmação dos direitos das pessoas com deficiência, pois, diante de novos cenários trazidos pelas tecnologias, pesquisas científicas, mudanças de entendimento, a potencialização de ações afirmativas constituiu corolário indispensável das ações dos membros signatários.

E, ainda que tenha havido certa demora de 2 (dois) anos para internalização da Convenção de Nova Iorque, frisa-se que o Brasil já estava em consonância com as diretrizes internacionais na promoção do desenvolvimento e proteção dos direitos das pessoas com deficiência. “Ao sancionar o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Presidente da República completou o processo da ratificação dos direitos de 14,5% da população brasileira, de acordo com o Censo IBGE, 2000” (BRASIL, 2010, p. 95). Expressão considerável da população brasileira que possui deficiência ou mobilidade reduzida foi beneficiada com a nova disposição legislativa.

Embora as mudanças legislativas sejam destinadas a um público específico, é importante mencionar os efeitos indiretos por elas alcançados. Aliás, toda política pública, mesmo quando ela contempla um seguimento da população, tem repercussões que reverberam em toda a sociedade. É o caso da mencionada legislação que estabelece um conjunto de direitos que contempla as pessoas

com deficiência, mas que também atende aos anseios de quase todos aqueles que possuem algum tipo de relação com tais e que entendem a necessidade de mudanças na lei.

Desta feita, certo é que o Brasil se encontra em harmonia com os direitos internacionais da pessoa com deficiência, de modo que a Convenção de Nova Iorque, incorporada à legislação brasileira, adquiriu “*status*” de norma constitucional, entre as emendas constitucionais e a legislação ordinária, pois ao tratar dos direitos da pessoa com deficiência verifica-se o conteúdo implícito de direitos humanos em todo o contorno da matéria. Logo, houve atenção especial ao tratado ratificado, o qual passou pelo processo contido no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Neste sentido, colaciona-se o entendimento jurisprudencial pátrio em diferentes contextos, os quais fazem imperar o espírito protecionista dos direitos da pessoa com deficiência, qual seja o acesso à educação especial:

REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À EDUCAÇÃO - GARANTIA CONSTITUCIONAL - ALUNO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - ENSINO REGULAR - PREFERÊNCIA - CONVENÇÃO DE NOVA YORK - “STATUS” DE EMENDA CONSTITUCIONAL - CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO - CABIMENTO. 1. A educação é direito fundamental de todos e dever do Estado, razão por que este deve assegurar ensino igualitário, mormente as condições para o acesso e a permanência do cidadão na escola. 2. Aprovada com base no quórum do art. 5º, § 3º, da CRF/1988, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York) tem força de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. 3. O artigo 24 da Convenção de Nova York prevê, expressamente, o atendimento individualizado e o oferecimento do apoio necessário, inclusive mediante a contratação de profissionais especializados, de modos que a criança portadora de deficiência seja atendida em suas especificidades de aprendizagem. (TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10325150003672001 MG, Relator: Alice Birchal, Data de Julgamento: 21/05/0017, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2017). (MINAS GERAIS, 2017).

No caso em comento, houve o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Estadual de Minas Gerais em face do Município de Carbonita/MG, cuja lide residiu no âmbito da falta de profissionais habilitados para educação inclusiva na rede pública de ensino, com fulcro no artigo 4º, III, da Lei nº 9.394/1996 (BRASIL, 1996), com redação conferida pela Lei nº 12.796/2013¹ (BRASIL, 2013).

Resta patente a atenção conferida pelo Poder Judiciário junto à temática da pessoa com deficiência, baseando as decisões segundo a força principiológica, normativa e vinculativa do Decreto nº 6.949/2009, conferindo ampliação e disseminação dos entendimentos consolidados, em

1 Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;

prol da dignidade de acesso das pessoas com deficiência aos meios básicos, como saúde, educação, lazer, moradia etc.

Sem dúvida tal entendimento emanado pelo Poder Judiciário – mais do que expressar o avanço da lei, que exige uma atuação permanente e atenta do Poder Legislativo em relação às demandas de uma sociedade em constante transformação –, demonstra que a população está cada vez mais atenta para expor suas necessidades e exigir o reconhecimento de direitos. São conquistas históricas que demandaram lutas de muitos e que vêm sendo reconhecidas ao longo do tempo, não apenas no que se refere aos excepcionais, mas também em diversas outras áreas de interesse.

Ao mesmo tempo, o caso acima apresentado aponta também para a necessária atuação do Poder Executivo que, muitas vezes, permanece insensível às questões sociais, exigindo uma ação mais efetiva da sociedade e dos interessados diretos. As conquistas demandam esforços diários e permanentes para serem mantidas. Cada cidadão tem sua parcela de responsabilidade. Não basta que um direito seja reconhecido. Ele deve ser exercido com plenitude por todos que o detém. Para isto, é necessário que todos se esforcem para garantir a sua efetiva permanência. A sociedade deve ser exigente e participativa.

Assim, por exemplo, os recursos obtidos com tributos pagos pelos contribuintes e que devem ser aplicados no interesse da população não estão restritos à uma relação meramente financeira ou contábil. Vão muito mais além, pois há o imperioso esforço social na medida em que todos têm o dever de acompanhar os resultados do esforço político empenhado no sentido de atender às demandas sociais.

A seguir, parte-se para breves digressões a respeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, importante diploma normativo que ampliou a autonomia das pessoas com deficiência, em especial com a redução dos casos de interdição.

2 COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Antes da edição da Lei nº 13.146/2015 vigia no sistema jurídico cível a teoria das incapacidades.

Neste aspecto, a antiga redação do artigo 4º da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) previa que eram absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesesseis) anos, as pessoas com deficiência e todo aquele que, por algum motivo, não conseguisse exprimir sua real intenção, seja por motivo transitório ou permanente. Veja-se que a incapacidade civil limitava o exercício da autonomia da pessoa com deficiência sem se basear no grau de limitação da mesma, ante à diversidade de excepcionalidades e o grau de maior ou menor interferência na auto ingerência na vida do sujeito, promovendo-se a remessa da incapacidade presumida à formalização na ação de interdição ou de substituição de curador.

Gize-se, contudo, que tal pensamento não refletia a situação fática de indivíduo para indivíduo. Neste aspecto, a antiga redação do Código Reale “não lhes dava a oportunidade de

exercer seus direitos, mesmo sendo detentoras destes, sem que não houvesse a representação ou assistência de alguém que era responsável por tutelar seus atos civis...” (SANTIAGO, 2017, p. 39). O pensamento doutrinário e jurisprudencial voltou-se para a direção de que a incapacidade deve ser avaliada caso a caso, pois a inviabilização do exercício da autonomia da vontade ao sujeito, nas principais esferas da existência e do patrimônio, muitas vezes gerava impactos negativos à vida dos mesmos, como é o caso da administração com má-fé do curador etc.

Ainda nesta vertente, “não havia espaço para a sua capacidade, não importando o grau de discernimento da pessoa e a sua possibilidade em exteriorizar sua vontade, uma presunção absoluta logo de imediato pela Lei” (SANTIAGO, 2017, p. 39). Acompanhando a mudança social, o Poder Legislativo Federal brasileiro editou a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, oportunidade que fora alterada a redação do artigo 4º do Código Civil, em que apenas os menores de 18 anos de idade são considerados absolutamente incapazes. Todos os demais passaram à incapacidade relativa, isto é, admitindo-se prova em contrário e/ou a convalidação dos atos praticados por testemunhas, por exemplo.

Ademais, salienta o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que a excepcionalidade não importará em restrição a direitos de personalidade, de convivência familiar, de disposições sobre o próprio corpo etc.

Com base nesta renovação do pensamento humano, lecionam Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Matias (2016, p. 6):

O objetivo do Estatuto foi deixar claro que a pessoa com deficiência deverá ser tratada com igualdade, sendo considerado este o princípio maior que o rege. Para preservar a igualdade, alguns dos direitos conferidos ao incapaz deveriam ser mantidos, para que o princípio da igualdade seja efetivo, na linha do pensamento aristotélico até hoje atual, no sentido de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Manteve-se o ideal de igualdade material e ampliou-se a igualdade formal, derrubando barreiras de conservadorismo infundado que restringiam a plena qualidade de vida das pessoas com deficiência, levando-as a um novo patamar de dignidade.

A concretização da dignidade da pessoa humana, neste particular, leva em consideração o conjunto cumulativo de valores responsáveis por conferir humanidade e inviolabilidade de quaisquer afrontas à vida da pessoa nas suas mais diferentes facetas, sendo “i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 60).

Noutra banda, colaciona-se o posicionamento de que até o trânsito em julgado da sentença declaratória de interdição, sujeitando o interditado à curatela, vigorava a plena autonomia da vontade do sujeito. Sem o reconhecimento judicial de limitação parcial ou total da manifestação de intenção da pessoa, há que ser preservada a manifestação tida como livre.

Neste sentido são os precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA AUTORA– PARTE CAPAZ A EPOCA AJUIZAMENTO DA AÇÃO – PROCURAÇÃO OUTORGADA POR TERCEIRO – DEFICIÊNCIA FÍSICA NÃO CONSTITUI, POR SI SÓ, RAZÃO PARA SUPRESSÃO DA VONTADE DA PARTE – IMPRESCINDIBILIDADE DO TERMO DE CURATELA – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – PROCURAÇÃO INVÁLIDA – PARTE QUE NÃO REGULARIZOU A REPRESENTAÇÃO NO PRAZO CONCEDIDO – INADIMISSIBILIDADE DO RECURSO – ART. 76, §2º INCISO I DO CPC/15 – RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO MONOCRÁTICAMENTE. (TJPR - 8ª C. Cível - 0000300-59.2011.8.16.0129 - Paranaguá - Rel.: Juiz Alexandre Barbosa Fabiani - J. 04.12.2018).

AGRAVODEINSTRUMENTO.DECISÃOQUENÃOHOMOLOGAACORDO. CABIMENTO. ART. 1.015, II, DO CPC. ACORDO APÓS SENTENÇA. CABÍVEL. DECISÃO ABSTRATA E SUPERFICIAL. NULIDADE. ART. 489, § 1º, DO CPC. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CAPACIDADE PLENA. AUTONOMIA DA VONTADE. DEVE SER OBSERVADA. [...]. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) trouxe relevantes modificações quanto ao estado das pessoas com deficiência, priorizando a autonomia da vontade, a igualdade, a inclusão social, a cidadania, a não discriminação e, em última análise, a dignidade da pessoa humana. Com a alteração dos artigos 3º e 4º, do Código Civil, a maioria daqueles que eram enquadrados como absolutamente incapazes e alguns como relativamente incapazes são, agora, plenamente capazes. Diante da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, foi criado o instituto da tomada de decisão apoiada, prevista no artigo 1.783-A, do Código Civil, sem prejuízo da adoção da curatela para alguns casos. Da análise da Lei nº 13.146/15, depreende-se que a mens legis parte da premissa da autonomia da pessoa com deficiência, outorgando-lhe, quando necessário, instrumentos para auxílio nos atos da vida civil. Observa-se que a doença do autor se manifestou de forma severa quando da celebração das cédulas de crédito bancário objeto da lide, mas sua situação melhorou desde que passou a se tratar. [...]. O autor não é incapaz, ante o regulamento da Lei nº 13.146/15, e deve a autonomia da sua vontade ser preservada ou ao menos considerada, podendo se valer do instituto da tomada de decisão apoiada. A prolação de sentença não impede a homologação de acordo. Decisão desconstituída para determinar que o Juízo a quo analise o pedido de homologação do termo de acordo firmado entre as partes, adotando as medidas necessárias para preservar a vontade do autor e assegurar que sua manifestação é livre e desembaraçada e, se for o caso, que o termo de acordo não lhe é desvantajoso. (TJ-DF 07153222320188070000 - Segredo de Justiça 0715322-23.2018.8.07.0000, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 18/10/2018, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 24/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.). (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Em ambas as decisões, houve o enaltecimento dos atributos cíveis das pessoas com deficiências no tocante à celebração de atos que repercutem na vida civil, tais como momento de

capacidade processual e a homologação de acordo judicial, cabendo ao magistrado monocrático ou singular o dever de cautela em verificar se a transação é benéfica à parte, sem, contudo, promover distinções, sob pena de ferir o tratamento paritário entre às partes, consoante artigo 7º da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

Sob este prisma, deveras salutar que os julgados mencionados cumpriram na integralidade com o novo modelo de postura por parte do Estado, neste caso incorporado pelo juiz, ao zelar pela proteção material e processual da pessoa com deficiência e seus interesses. Com a nova formatação do cenário de inclusão, tem-se “uma nova postura ao sistema jurídico como um todo, bem assim como ao próprio jurista, que deve, na interpretação e na aplicação de normas e na formulação de conceitos jurídicos, assegurar a dignidade da pessoa com deficiência” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 61).

Sendo assim, passa-se à alternância de direitos e obrigações, com a expansão da capacidade e das vontades das pessoas com deficiência, as quais serão interditadas em casos excepcionais, quando por motivos de saúde for necessária a nomeação de curador para reger seus atos civis, sem prejuízo, contudo, dos atos de disposição à personalidade, em consonância com o disposto no artigo 84, “caput” e § 1º, da Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015).

Realizadas tais considerações, perquirir-se-á os avanços práticos da nova expansão da pessoa com deficiência, com a possibilidade de acesso a eventos públicos e particulares com garantia de sanitários apropriados e a obtenção de cartões magnéticos bancários em braile, considerando, assim, a diversidade de limitações das pessoas que merecem tratamentos diferenciados para as superações.

3 A LEI Nº 13.825/2019 E A DISPONIBILIDADE DE UNIDADES SANITÁRIAS DIFERENCIADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A crescente mudança de pensamento da população, seja no cenário internacional, seja no aspecto nacional, vem alterando o antigo sistema restritivo de direitos e obrigações concedidos às pessoas com deficiência, as quais passam a integrar de forma mais ativa e enérgica posições em igualdade de condições com as demais pessoas.

Respeitadas as diferenças, as pessoas com deficiência passaram de figurantes para atores principais no que tange à garantia de direitos e à aquisição de deveres, mantendo-se vigente o exercício da autonomia da vontade sempre que a manifestação do pensamento puder ser expressada referente aos atos intitulados como essenciais à vida civil.

Acerca da autonomia da vontade, expressam Daniela Bonassa e Gabriel Cavalcante Cortez, citando, ainda, Paulo Lôbo (2019, p. 27):

Um dos corolários do ramo contratual é o princípio da autonomia de vontade, também conhecida como autonomia privada. É o principal arrimo de todo

Direito Privado, visto que implica no poder de autodeterminação individual ou coletiva. “A autonomia é o campo da liberdade porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente” (LÔBO, 2011, p. 58). Não se confunde com liberdade desmedida ou libertinagem, já que o ordenamento jurídico pátrio estabelece limites e até mesmo certas condições de validade para o pleno exercício do direito de auto regramento, a depender do contexto e da espécie negocial em comento. Tais barreiras não possuem o fito de extinguir o exercício privado de livre escolha, todavia, estabelece parâmetros, critérios a serem incorporados para que o ato jurídico desejado cumpra com seus requisitos entre as partes e também exerça função perante a sociedade.

Consoante o entendimento supra, a autonomia da vontade refere-se ao regramento que o próprio sujeito de direito estabelece com relação ao seu corpo, às determinações na própria vida, com parâmetros estabelecidos pela legislação civil como forma de resguardo a eventuais abusos que o indivíduo venha a cometer. Considerando que a vida é um bem jurídico da mais alta ordem, a vivência com o mínimo de qualidade e dignidade se faz necessária nas observações quanto às estipulações em favor das pessoas com deficiência ou pelas mesmas, levando-se em conta, ainda, o discernimento e a compreensão para o entendimento de atos indispensáveis à vida civil, segundo o clássico entendimento da figura do homem médio.

Neste cariz, informa Claudio Marcelo Alderete (2015 apud GABURRI, 2016, p. 30) que “el objetivo es promover y consolidar la autonomía de las personas con discapacidad, a partir de ello su participación plena e inclusión en la vida social, en todos sus aspectos”².

Não obstante, por muito tempo houve limitação quanto à implementação efetiva do direito ao lazer às pessoas com deficiência, pois, em que pesem os artigos 5º, “caput” e 6º, “caput”, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promovam que todo o ser humano é igual perante à Lei e todos têm acesso à diversão e ao lazer, respectivamente, a ausência de políticas públicas comprometeu a efetivação deste sistema de garantias fundamentais (BRASIL, 1988).

Inicialmente sob a denominação de Projeto de Lei (PL) nº 2.046/2015, de autoria do Deputado Federal Marx Beltrão, houve a promulgação da Lei nº 13.825/2019, a qual acrescenta os §§ 1º e 2º ao artigo 6º da Lei de Acessibilidade, ao dar comando para que em eventos públicos e privados com uso de banheiros químicos haja unidades especiais, para atender pessoas com deficiência ou com algum grau de mobilidade física reduzida.

Neste sentido é o texto do novo diploma legislativo:

Art. 1º O art. 6º da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Lei de Acessibilidade), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

Art. 6º.....

§ 1º Os eventos organizados em espaços públicos e privados em que haja

2 “O objetivo é promover e consolidar a autonomia das pessoas com ‘incapacidade’, a partir disto sua participação plena e inclusão na vida social, em todos seus aspectos” – tradução livre.

instalação de banheiros químicos deverão contar com unidades acessíveis a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O número mínimo de banheiros químicos acessíveis corresponderá a 10% (dez por cento) do total, garantindo-se pelo menos 1 (uma) unidade acessível caso a aplicação do percentual resulte em fração inferior a 1 (um). (BRASIL, 2019a).

A novel lei, aprovada em 13 de maio de 2019, passou a produzir efeitos a partir da data de publicação, vez que, não havendo disposição específica, o prazo de vacância ou “vacatio legis” da norma é de 45 (quarenta e cinco) dias, nos termos do artigo 1º, “caput”, do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB) (BRASIL, 1942).

Com tal iniciativa, pretende-se prestigiar a participação de pessoas com deficiência em eventos e comemorações públicas e particulares, afastando-se a discriminação quanto à ausência de acessibilidade no que tange à utilização de sanitários, diante da natureza fisiológica humana comum a todos. Demonstra-se benéfica a iniciativa legislativa, à qual depende de efetivação concreta por parte do Poder Público em disponibilizar unidades mínimas para atender 10% (dez por cento) do público, quando for organizador da cerimônia, ou fiscalizar o cumprimento do recente dispositivo em festas particulares. Ou, ante à impossibilidade física ou logística, haverá a disponibilização de 1 (uma) cabine sanitária especial para atender à parcela dos frequentadores que possuam deficiência física de quaisquer naturezas.

O intuito primordial reside no âmago de afastar, uma vez mais, a discriminação. “A falta de participação ou inserção de pessoas com deficiência em clubes, empresas, escolas ou em atividades como lazer, turismo, esporte, entre outras, já evidencia a discriminação” (FONSECA, 2012, p. 34). Tem-se, então, a reafirmação de política pública com caráter legal para reasser a importância de promover a inclusão comunitária das pessoas com deficiência na medida de suas limitações, em atenção à diversidade da condição humana e a participação democrática.

Ademais, em complementação, informa o Deputado Federal Marx Beltrão acerca dos motivos que o levaram a editar o PL de inclusão da pessoa com deficiência no ano de 2015:

Foi um longo percurso e uma longa tramitação até este Projeto finalmente se transformar em Lei. Os deficientes e as pessoas com mobilidade reduzida têm ainda um grande caminho a trilhar rumo à garantia de seus direitos, infelizmente. Por isso propus esta legislação, para contribuir para que esta parcela da sociedade avance e tenha reconhecida, de modo pleno, a sua cidadania [...] (BOLSONARO, 2019).

Logo, o teor da Lei nº 13.825/2019 encontra respaldo no princípio da igualdade, à medida que busca promover a equalização de direitos e possibilidades entre pessoas com deficiência com as demais pessoas, observando justamente as peculiaridades de cada para o enfrentamento de discriminação, abusos e violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É por meio de ações afirmativas, isto é, promoção de atitudes, determinações, medidas

a serem implantadas que ocorre a cristalização das garantias fundamentais mínimas já previstas. Com a positivação do comando, a ordem torna-se obrigatória, devendo o Poder Público implantar as determinações conforme o conhecimento da exigência, ou, quedando-se inerte, a mando do Judiciário, sob pena de adoção de medidas coercitivas para garantir a boa execução das medidas de acessibilidade necessárias ao caso em testilha³.

Para Serge Atchabahian (2004 apud FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 36), “as ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas”. Assim, somente por meio de atitudes em concreto que haverá promoção e elevação de patamares no que concerne à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, ao passo que muitas vezes é no campo sensorial que urge a adoção de medidas de acessibilidade.

Importante reconhecer o avanço na matéria apresentada, ante o condão de regular simultaneamente os direitos à saúde e ao lazer das pessoas com deficiência, disseminando campo fértil para a ampliação de outras garantias decorrentes destes espeques.

Todavia, considerando que a Lei nº 13.825/2019 é recente, ainda não há efeitos controvertidos que levem a discussão ao campo da jurisprudência pátria.

Passa-se, assim, a tecer considerações a respeito da nova legislação que permite aos portadores de deficiência física de natureza sensorial o uso de cartões magnéticos em braile.

4 POSSIBILIDADE DE USO DE CARTÕES MAGNÉTICOS EM BRAILE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.835/2019

Junto ao campo de novidades legislativas está a edição da Lei nº 13.825/2019, a qual também alterou a Lei de Acessibilidade ao reafirmar o direito econômico das pessoas com deficiência visual, momento em que passou a fomentar o uso de cartões magnéticos de crédito e de débito sob o sistema de escrita visual braile.

Primeiramente, cumpre salientar o entendimento de deficiência visual para o ordenamento jurídico brasileiro. O próprio termo “cego” hodiernamente é visto como preconceituoso e pejorativo, sendo substituído por pessoa com deficiência visual.

Para tanto, frisa-se que a primeira medida de apoio às pessoas com deficiência deu-se com o advento da Lei nº 7.853/1989, a qual dispõe sobre mecanismos mínimos de integração comunitária a esta população. Porém, não houve menção ou dispositivo que estabelecesse os conceitos para fins de enquadramento do público-alvo da lei (BRASIL, 1989).

Foi necessária a edição do Decreto nº 3.298/1999 para apontar os requisitos objetivos de

³ Para tanto, a parte requerente poderá pugnar pela adoção de tutelas antecipadas de urgência, de evidência e, a fim de intensificar a apreciação do comando jurisdicional, o magistrado possui a faculdade de determinar a utilização de quaisquer meios coercitivos, mandamentais, indutivos, sub-rogatórios ou de qualquer outra natureza, conforme autorização expressa do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.

diferenciação sobre deficiência temporária e permanente e incapacidade, bem como as diferentes modalidades de deficiência, que podem ser do campo sensorial (física, auditiva e visual) ou mental, inicialmente apresentada com conceitos exclusivamente técnicos (BRASIL, 1999). No entanto, com o avanço das pesquisas científicas interdisciplinares acerca da temática, verificou-se que seria melhor alterar estas definições, já que estavam representando obstáculos à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, momento em que muitas ficaram em uma espécie de limbo: enquanto não se adequavam dentro dos critérios legais, não recebiam o devido suporte; embora a realidade fática evidenciasse a deficiência das demais, que as tornavam excepcionais, sem condições de exercerem atividades como as demais pessoas.

Posto isso, houve a revogação parcial deste conjunto meramente técnico pelo Decreto nº 5.296/2004. Nesta vertente, tem-se a nova redação, cuja vigência impacta na correta delimitação de pessoas com deficiência segundo as modalidades genéricas, ampliando a possibilidade do exercício da autonomia e o acesso à justiça. Deste modo,

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências (BRASIL, 1999; BRASIL, 2004).

Ainda que tenha havido, por bem, a manutenção de critério técnico para a definição de deficiência visual, houve significativo avanço e ampliação deste conceito. Com a evolução dos procedimentos e aparelhos médicos no campo da oftalmologia, há diagnósticos com melhor precisão e tratamentos eficazes para acometimentos visuais parciais ou totais, degenerativos ou não.

No terreno econômico-financeiro, as pessoas com deficiência passaram a ter atendimento preferencial somente com o advento dos artigos 1º e 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.048/2000, cujas redações foram alteradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para fins de adequação da atual terminologia adotada. O não cumprimento enseja a aplicação da espécie sancionatória multa, nos termos do artigo 6º, II, do mesmo diploma legal, sem prejuízo de acionamento da via judicial (BRASIL, 2000a).

A excepcionalidade que acomete as pessoas não videntes divulgou amplamente o acesso ao sistema de comunicação braile, método complementar para o acesso à informação e integração das pessoas com deficiência visual à sociedade. Contudo, diversas limitações se instauraram principalmente no campo das finanças de tais pessoas, pois o manuseio do cartão magnético tal como ele é fabricado não atendia o interesse mínimo dessas pessoas, sendo necessária a implementação de objetos adequados às necessidades em cotejo.

Embora tardia, houve a edição da Lei nº 13.835/2019, que torna obrigatória a disponibilização, por parte das instituições financeiras públicas e privadas, sem custo adicional, cartões em braile e demais acessórios para facilitar a gestão patrimonial cotidiana das pessoas com deficiência visual. Confira-se o acréscimo do artigo 21-A da Lei nº 10.098/2000:

Art. 21-A. Às pessoas com deficiência visual será garantido, sem custo adicional, quando por elas solicitado, um kit que conterá, no mínimo:

I – etiqueta em braile: filme transparente fixo ao cartão com informações em braile, com a identificação do tipo do cartão e os 6 (seis) dígitos finais do número do cartão;

II – identificação do tipo de cartão em braile: primeiro dígito, da esquerda para a direita, identificador do tipo de cartão;

III - fita adesiva: fita para fixar a etiqueta em braile de dados no cartão;

IV - porta-cartão: objeto para armazenar o cartão e possibilitar ao portador acesso às informações necessárias ao pleno uso do cartão, com identificação, em braile, do número completo do cartão, do tipo de cartão, da bandeira, do nome do emissor, da data de validade, do código de segurança e do nome do portador do cartão.

Parágrafo único. O porta-cartão de que trata o inciso IV do caput deste artigo deverá possuir tamanho suficiente para que constem todas as informações descritas no referido inciso e deverá ser conveniente ao transporte pela pessoa com deficiência visual (BRASIL, 2019b).

Neste caso, os efeitos da lei – exigência e disponibilização dos novos modos de serviço àquele que possuir deficiência visual – começarão a surtir 180 (cento e oitenta dias) após a publicação oficial, que aconteceu em 4 de junho de 2019.

O período de adaptação foi estipulado para que todas as financeiras possam adequar seus sistemas em tempo considerável, não valendo, posteriormente, alegar desconhecimento da medida, sendo esta arguição sem validade no Brasil, de acordo com o artigo 3º da lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB.

Em comentário à norma recente, informou a Secretária nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Priscilla Gaspar, vinculada ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) do governo federal atual, sob o comendo do presidente Jair Messias Bolsonaro, que “o projeto visa proporcionar as pessoas com deficiência visual menor dependência da ajuda de terceiros e, por consequência, maior segurança em suas operações financeiras com cartões” (LEI..., 2019).

A respeito da autonomia jurídica e financeira, tem-se que o intuito de determinar que a própria pessoa administre, organize e zele pelo seu próprio patrimônio, com a facilitação de acesso para tanto, constitui regra, sendo exceções a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) ou a apreciação jurisdicional da pessoa com deficiência ao instituto da curatela, através da ação de interdição, quando restar comprovado que não há mais discernimento ou meios para que o indivíduo excepcional possa praticar os atos indispensáveis ao exercício regular da vida civil.

Lado outro, considerando que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência celebrado em Nova Iorque, destaca-se que houve por parte do Estado signatário mencionado o cumprimento com a obrigação de disponibilizar a otimização de recursos já existentes para o acesso eficiente às operações econômicas e financeiras celebradas pelas pessoas com deficiência, sobretudo visual, diante da limitação ocular, que se demonstra essencial perante a manutenção da vida na sociedade capitalista.

Artigo 4

Obrigações gerais

[...]

2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional. (BRASIL, 2009).

Neste ponto, necessário frisar que a autonomia da pessoa com deficiência é preservada sempre e na medida do possível, uma vez que tal aspecto reforça ainda mais a aplicação diferenciada do princípio da dignidade da pessoa humana em sua extensão. Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 59-60) afirmam que “a dignidade da pessoa humana é, assim, o epicentro do sistema jurídico brasileiro, em cujo derredor gravitam a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual e a garantia de sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade”.

A vida comunitária remete à diversidade, ao convívio com diferentes pluralismos

inerentes à condição humana e à escolha do indivíduo. Viver em sociedade é saber conhecer as próprias limitações e as de outrem, respeitando suas características “*sui generis*”, ante o direito de reconhecimento e proteção garantido a todos, proveniente da forma de governo democrática, estampada no artigo 1º, “caput”, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). Consiste também em reprimir atitudes discriminatórias e acolher gestos de inclusão, auxílio e desenvolvimento das particularidades e peculiaridades de cada ser humano.

CONCLUSÃO

Diante dos apontamentos realizados ao longo deste trabalho, verifica-se que a história legislativa e jurídica das pessoas com deficiência no Brasil começou com clamores populares nacionais e internacionais a partir dos anos 1970, de modo que paulatinamente houve a incorporação de normas relacionadas à temática da pessoa com deficiência, a medida em que provoca a ação dos gestores públicos. Entretanto, por vezes tardias a atuação do Poder Executivo, tem sido necessária a atuação do Poder Judiciário com inovadoras decisões por parte dos magistrados monocráticos e tribunais em consonância com os comandos normativos.

Segregação e discriminação vêm dando, paulatinamente, espaço à inclusão e à acessibilidade, com o crescente fomento de vagas destinadas a tais espaços no funcionalismo público e no setor privado, pois a Constituição Cidadã elevou a proteção à pessoa com deficiência ao nível constitucional, inspirada nos princípios da dignidade humana e da igualdade, sob as vertentes formal e material.

Após este marco regulatório, a pauta da deficiência, antes eivada de estigma e preconceito, foi sendo ampliada crescentemente pelas legislações posteriores. Neste sentido, o Brasil alinhou-se à sistemática internacional de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, de modo que internalizou com “status” de emenda constitucional o Decreto nº 6.949/2009, atinente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, ocorrida em 2007.

Logo, o campo fértil aprimorou os estudos acerca da capacidade e autonomia da pessoa com deficiência, de modo que, com a chegada da Lei nº 13.146/2015, conferiu-se como regra a capacidade plena e autonomia de vontade a todas as pessoas com deficiência, mantendo a exceção, no caso a incapacidade, àqueles que transitória ou permanentemente não puderem exprimir suas vontades, momento em que restará assim definido no dispositivo da sentença de eficácia declaratória de interdição.

Assim, a extensão dos efeitos da inclusão e da acessibilidade restaram mais perceptíveis, de modo que resultaram na edição das Leis nº 13.825/2019 e 13.835.2019.

A primeira, ao conferir sanitários diferenciados e apropriados para pessoas com deficiência em eventos públicos e privados, com grande quantidade de pessoas, efetiva o direito à participação comunitária, ao lazer e promove a inclusão social, não se olvidando do aspecto fisiológico comum a todas as pessoas.

Por seu turno, o segundo diploma legal estabelece que as instituições financeiras públicas e privadas devem conceder, quando solicitadas pelos clientes, cartões magnéticos bancários e demais acessórios em braile, em atenção às pessoas com deficiência visual, sem custo adicional. Tal conquista busca efetivar o direito à movimentação bancária, à gestão patrimonial, à segurança financeira ao não depender de terceiros para realizar saques e operações econômicas.

Evidenciam-se os novos horizontes que a legislação brasileira concede às pessoas com deficiência, proporcionando certa potencialização à real inclusão e acessibilidade, ao estabelecer tratamentos diferenciados e benefícios em razão das excepcionalidades dos sujeitos de direito.

Nesta quadra, tem-se o verdadeiro caminho em busca da igualdade de fato e de direito das pessoas com deficiência junto aos demais, conferindo atendimento mínimo e necessário para a efetivação de direitos básicos para a existência de uma vida saudável, com dignidade, acessibilidade e integração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLSONARO sanciona lei de Marx Beltrão que beneficia deficientes físicos. **Gazetaweb.com**, Maceió, 14 mai. 2019. Disponível em: https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/05/_76798.php. Acesso em: 12 jun. 2020.

BONASSA, Daniela; CORTEZ, Gabriel Cavalcante. Autonomia da vontade no testamento vital: possibilidade de tomada de decisão apoiada diante do estado de vulnerabilidade. *In*: ENCONTRO CIENTÍFICO DA 57ª SEMANA JURÍDICA DA UEL: direito civil e direitos individuais, 9., 2019, Londrina. **Anais [...]**. Londrina: UEL, 2019. p. 22-41. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/SEMANA%20JURIDICA%202019/gt5.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098,

de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: DF, Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: DF, Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda nº 65, de 13 de julho de 2020.** Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Brasília: DF, Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm#art2. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: DF, Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2000a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2000b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em 5 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: DF, Presidência da República 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013.** Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12796.

htm#art1. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.825, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Lei de Acessibilidade), para estabelecer a obrigatoriedade de disponibilização, em eventos públicos e privados, de banheiros químicos acessíveis a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13825.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.835, de 4 de junho de 2019**. Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, para assegurar às pessoas com deficiência visual o direito de receber cartões de crédito e de movimentação de contas bancárias com as informações vertidas em caracteres de identificação tátil em braile. Brasília: DF, Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13835.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 66, p. 1-18, abr./jul. 2016. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Repercussao_EPD_Legislacoes_Civil_Processual_Maria_Helena_Marques.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (6ª Turma Cível). Agravo de Instrumento nº 07153222320188070000 - Segredo de Justiça. **Jusbrasil**, 18 de outubro de 2018. Relator: Desembargador Estadual Esdras Neves, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641632248/7153222320188070000-segredo-de-justica-0715322-2320188070000?ref=serp>. Acesso em: 5 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. **Revista Direito & Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesarvolvimento/article/view/304>. Acesso em: 17 jun. 2020. ISSN: 2236-0859.

GOMES, Ana Elizabeth Gondim; REZENDE, Luciana Krauss; TORTORELLI, Mariana Fernandes Prado. Acessibilidade e deficiência: análise de documentos normativos. **Cadernos de Pós-Graduação em Distúrbios do Desenvolvimento**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 130-137, 2010. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cpgdd/article/view/11197>. Acesso em: 15 jun. 2020. ISSN 1809-4139.

HISTÓRIA do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/historia_movimento_pcd_brasil.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

LEI garante o acesso a cartões bancários com identificação em braile. **Gov.br**, Brasília, 19 jun. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/lei-garante-cartoes-bancarios-com-identificacao-em-braile>. Acesso em: 3 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). Remessa Necessária nº 10325150003672001/MG de 14 jun. 2017. Remessa necessária - ação civil pública - direito à educação - garantia constitucional - aluno portador de deficiência - ensino regular - preferência - convenção de nova york - “status” de emenda constitucional - contratação de profissional especializado - cabimento. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Carbonita/MG. Relatora: Desembargadora Estadual Alice Birchall, 21 de maio de 2017, **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469091477/remessa-necessaria-cv-10325150003672001-mg/inteiro-teor-469091561?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 jul. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (8ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 00003005920118160129 PR 0000300-59.2011.8.16.0129. Apelante: Aline Paula Favero. Apelada: Fertilizantes Heringer S/A. Relator: Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Alexandre Barbosa Fabiani (Em substituição ao Desembargador Gilberto Ferreira), 4 de dezembro de 2018, **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836406549/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-3005920118160129-pr-0000300-5920118160129-decisao-monocratica/inteiro-teor-836406559?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 jul. 2020.

SANTIAGO, Maria Paula Cava. **O estatuto da pessoa com deficiência (lei nº 13.146/2015) e seus reflexos no direito civil em decorrência da capacidade e comentários ao direito de família**. 2017. 75 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2017. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/334>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SILVA, Ana Cristina Cardoso da; OLIVER, Fátima Correa. Pessoas com deficiência no caminho da democracia participativa. **Cadernos Brasileiros de Terapias Ocupacionais**, São Carlos, v. 27, n. 2, p. 279-292, 2019. Disponível em: <https://www.cadernosdeterapiaocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/2116>. Acesso em: 27 jun. 2020. ISSN: 2526-8910.

Como citar: CORTEZ, Gabriel Cavalcante; PINHEIRO, Ana Cláudia Duarte. Ampliação

da acessibilidade conferida às pessoas com deficiência trazida pelas leis nº 13.825/2019 e 13.835/2019. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 30-53, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 30. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 20/01/2021

Aprovado em: 23/02/2022

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA:
ENTRE O PARLAMENTO E O JUDICIÁRIO À LUZ DA
TEORIA DE WALDRON E DWORKIN**

JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRACY CONTROL: BETWEEN
PARLIAMENT AND JUDICIARY IN THE LIGHT OF WALDRON
AND DWORKIN THEORY

Elísio Augusto Velloso Bastos*
Ridivan Clairefont Mello **

Como citar: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; NETO, Ridivan Clairefont Mello. Controle de constitucionalidade e democracia: entre o parlamento e o judiciário à luz da teoria de Waldron e Dworkin. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 54-69, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.54. ISSN: 1980-511X

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado e Membro do Grupo Docente Estruturante do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará.
E-mail: elisiobastos@oi.com.br

**Mestre em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Eleitoral-PUC/Minas. Advogado.
E-mail: ridivan@hotmail.com

Resumo: O trabalho propõe-se a analisar se o mecanismo do controle de constitucionalidade revela-se, ou não, como instrumento de caráter democrático e, em caso positivo, em que medida. Ponto de partida da análise dar-se-á por pesquisa qualitativa bibliográfica centrada em comentadores acerca do tema, em especial a partir do debate entre as concepções de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, objetivando analisar os argumentos que embasam e questionam a legitimidade democrática do instrumento. Em linhas conclusivas afirmar-se-á que a resposta sobre a legitimidade democrática dependerá da visão sobre democracia que se adote.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Democracia. Judiciário. Parlamento.

Abstract: This paper analyzes to what extent the mechanism of constitutionality control is revealed as a democratic instrument or not. The starting point of the analysis will be qualitative bibliographical research centered on researchers of this subject, especially from the debate between Jeremy Waldron and Ronald Dworkin, aiming to analyze the arguments that support democratic legitimacy or not of the instrument. In conclusive lines, this paper affirms that the answer of democratic legitimacy depends on the vision of democracy that is adopted.

Keywords: Judicial Review. Democracy. Judiciary. Parliament.

INTRODUÇÃO

As democracias contemporâneas vivem enormes desafios institucionais. Tais desafios decorrem de diversos fatores, entretanto, a harmonia entre os poderes e o respeito à independência destes revela-se como um dos principais problemas a serem enfrentados.

Nestas democracias um dos principais pontos de tensão existentes é a forma que se dá a interação entre as cortes constitucionais e o parlamento. Analisar de que maneira se dá essa espécie de diálogo institucional (LONGO FILHO, 2015, p. 90) levanta questionamentos sobre legitimidade, autoridade, validade de decisões e sobre quem deve exercer o protagonismo ou ter a última palavra sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição bem como de sua invalidade em caso de desconformidade.

Sabe-se que a definição do papel a ser exercido por cada um dos poderes se revela problemática, visto que envolve muito mais do que a atribuição e previsão em determinado documento legal. Um Estado democrático precisa de um ponto de equilíbrio entre o que se define por *rule of law*, ou seja, o Estado de Direito e legalidade e a existência de um governo do povo que representa um Estado Democrático (BERMAN, 2010, p. 25).

Reconhece-se que em muitos sistemas atualmente há uma espécie de diálogo institucional em que o Parlamento tenta, por meio da alteração da Constituição, superar um posicionamento do Judiciário e as Cortes buscam controlar e limitar a interpretação da legislação criada pelo Parlamento (LONGO FILHO, 2015, p. 91).

Trata-se, portanto, sobre a discussão da possibilidade de revisão judicial da legislação criada pelo Parlamento. Surgem questionamentos sobre a validade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, visto que este acaba por atribuir ao Poder Judiciário o papel de detentor da última palavra sobre a validade de determinada legislação.

Um dos principais motivos de levantar-se este tipo de questionamento deve-se ao fato de que, *a priori*, um sistema que favoreça o Poder Judiciário, em detrimento do Parlamento, parece ofender um dos princípios basilares da democracia que é a noção de que os agentes que criam as leis devem ser escolhidos pelo povo e oferecer satisfações a ele (NOGUEIRA, 2016, p. 160).

Autores como Jeremy Waldron afirmam que a sociedade vive em constante desacordo sobre diversos temas. O autor destaca que há o que se pode denominar como o direito dos direitos que é a possibilidade de participação na elaboração das leis (WALDRON, 2005, p. 337). Neste sentido, deve priorizar-se o protagonismo do parlamento, pois o judiciário, nesta perspectiva, não possuiria legitimidade para tomar este tipo de decisão.

Por outro lado, destaca-se que existem autores como Ronald Dworkin que afirmam a necessidade da existência do *judicial review* enquanto mecanismo contramajoritário de controle das decisões do legislativo. Ao tratar do fenômeno democrático Dworkin se questiona se a prática do controle judicial de constitucionalidade é ou não legítima ou se está a se tratar de um mecanismo de correção da própria democracia (DWORKIN, 2014, p. 580).

Uma das principais justificativas para a legitimidade do controle judicial nesta perspectiva

seria a utilização do mecanismo da revisão judicial com a finalidade de fortalecimento do fenômeno democrático, principalmente em razão da necessidade de proteção das minorias (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 186).

Diante disso, o presente trabalho visa analisar se o mecanismo do controle de constitucionalidade se revela, ou não, como instrumento de cunho democrático e, em caso positivo, em que medida.

Para isso, em um primeiro momento será realizada a análise do reconhecimento da existência do mecanismo do controle de constitucionalidade a partir do caso *Marbury vs. Madison*. Tal decisão foi de extrema importância, visto ter sido a primeira em que a Suprema Corte estadunidense declarou de modo expresso e fundamentado que um Tribunal Federal poderia recusar a aplicação da legislação que não seja compatível com a Constituição (TRIBE, 1988, p. 23).

Destaca-se que o debate acerca do controle judicial dos atos legislativos está presente desde o processo de criação da Constituição estadunidense e dos debates entre os federalistas. Hamilton, Jay e Madison (2003, p. 471) no n.78 já tratavam sobre a necessidade de as Cortes de justiça terem a possibilidade de declarar nulos certos atos do legislativo sem que isso implicasse sua superioridade em relação aos demais poderes.

Em seguida, a discussão seguirá para o debate em si acerca da legitimidade democrática ou não do controle de constitucionalidade. Para realizar o presente debate serão utilizados como marco teórico os argumentos levantados por Waldron e Dworkin.

Os referidos autores possuem visões distintas sobre a legitimidade ou não do *judicial review* e é por isso que um embate entre os seus argumentos se revela interessante para tentar oferecer uma resposta ao problema que se propõe.

Ponto fundamental para este debate é o fato de que subjacente aos argumentos explícitos dos autores sobre o tema há uma visão específica sobre o que entendem por democracia. Enfrentar este ponto é importante, visto que é a partir desta visão sobre o fenômeno democrático que os autores sustentam sua argumentação sobre a legitimidade ou não do controle judicial.

Sendo assim, vislumbra-se que é a partir da perspectiva de democracia que se poderá entender o motivo pelo qual, cada um dos autores aponta um Poder diferente legitimado a proferir a última palavra acerca da compatibilidade de uma lei com a Constituição. Logo, os arranjos institucionais estão diretamente ligados à teoria democrática.

1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CASO MARBURY vs. MADISON

Inicialmente faz-se necessário que seja realizada uma análise acerca do reconhecimento da existência do controle de constitucionalidade e as razões que levaram para sua implementação, visto que de alguma forma esta retomada histórica pode contribuir para o debate sobre a (i)

legitimidade deste mecanismo.

Foi no caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos da América que a ideia de controle de constitucionalidade foi entendida como instrumento legítimo para que um tribunal federal negasse a aplicação da legislação federal (TRIBE, 1988, p. 23). O interessante a se observar é que este mecanismo surge a partir de uma interpretação judicial, ou seja, o princípio de que a Constituição controla as demais leis nasceu do entendimento que o juiz *Marshall* realizou da Constituição estadunidense (HORTA, 1999, p. 138).

Verifica-se, portanto, que o controle de constitucionalidade somente foi reconhecido como um instrumento passível de uso para o controle da legislação, inclusive de norma federal, por meio de uma decisão judicial (HORTA, 1999, p. 134), visto que desde os debates da Convenção da Filadélfia havia controvérsia sobre a presença ou não de tal possibilidade a partir da leitura do texto constitucional estadunidense.

Em que pese o caso *Marbury vs. Madison* tenha sido o marco expresso da possibilidade de controle judicial observa-se que a discussão sobre a existência de um mecanismo de controle da legislação chegou a ser levantada, conforme afirmado anteriormente, já nos debates entre os federalistas.

Hamilton, portanto, já realizava a defesa da existência de um mecanismo que permitisse controlar os atos de autoridades delegadas. Para ele não fazia sentido a possibilidade de os representantes do povo substituírem a vontade de seus eleitores pelas suas por meio da ideia de se impor como juízes de seu próprio direito e intérpretes da própria carta constitucional (HAMILTON; MADISON; JAY, 2000, p. 332).

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridade delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatário es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del Pueblo son superiores al pueblo mismo (...) (HAMILTON; MADISON; JAY, 2000, p. 332)¹.

Em que pese ter havido este debate entre os federalistas é de se destacar que quando da conclusão da Constituição de 1787 dos EUA não houve qualquer previsão expressa desse tipo de mecanismo. Sendo assim, torna-se importante que sejam retomados os motivos e razões do caso *Marbury vs. Madison* para que então possamos entender as razões que levaram à criação do controle de constitucionalidade.

Adams nos seus últimos dias de mandato como presidente da república dos EUA decidiu nomear diversos juízes de paz. Tal nomeação se deu na tentativa de manter a influência do partido federalista no arranjo institucional e político americano, visto que o próximo presidente a assumir

¹ Tradução: “Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato com o arranjo ao qual se exerce, é nulo. Para tanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao povo mesmo”.

era *Jefferson* que era opositor e fundador do Partido Democrata Republicano (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 262).

Ciente de sua iminente derrota na campanha presidencial e da iminente perda pelos Federalistas da maioria Congressual, Adams iniciou uma enxurrada de nomeações para o único poder que restaria aos federalistas- o Judiciário (...) Foram chamados “*midnight judges*”, por terem sido nomeado [sic] no apagar das luzes da administração de Adams (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 263).

Marbury fora nomeado para o cargo de juiz de paz neste contexto político. Ocorre que o Secretário de Estado competente a realizar os trâmites necessários para posse, na época o próprio juiz *Marshall*, não providenciou o termo de posse e acabou por não empossar os juizes de paz durante o mandato de *Adams*, deixando os atos de nomeação em sua mesa. Em seguida, após tomar posse *Jefferson* ordenou a emissão de apenas 25 atos e a inutilização dos demais, prejudicando diversas pessoas, entre elas *Marbury*. Tal situação fez com que os interessados pleiteassem um *writ of mandamus* contra Madison com a finalidade de garantir a posse nos cargos (HORTA, 1999, p. 137).

Diante da negativa de *Jefferson* em relação à posse *Marbury* precisou recorrer ao Judiciário, no caso a Suprema Corte estadunidense, com a finalidade de garantir sua posse no cargo pretendido. Pois bem, o caso ficou a cargo de julgamento pelo *Chief of Justice Marshall* (que era secretário de Estado no governo *Adams*). Diante do questionamento o caso foi enfrentado pelo *chief of justice*.

Porém, a partir da leitura do caso percebe-se que *Marshall* não enfrenta o mérito. Ao contrário, analisou se a Suprema Corte possuía competência para tratar da concessão de um *writ of mandamus*.

O *Chief of Justice* levantou a existência de um conflito entre o art.13 do *Judiciary Act of 1789* que concebia a possibilidade de a Suprema Corte conceder originariamente um *writ of mandamus* e o art. III, seção II da Constituição dos EUA que em regra conferia jurisdição de apelação para a Suprema Corte, sendo a competência originária uma exceção no ordenamento nacional (HORTA, 1999, p. 137).

Marshall levanta um conflito existente entre a norma constitucional e a legislação infraconstitucional. Antes de o *Chief of Justice* reconhecer o direito de *Marbury* assumir ou não o cargo ele passa a analisar a questão da prevalência ou não da norma constitucional em face da norma ordinária.

Entre estas alternativas, não há meio termo. Ou a constituição é uma lei superior, direito supremo, imutável por meios ordinários, ou estará no mesmo nível de leis ordinárias e, como tais, poderá ser alterada segundo a vontade do Legislativo. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então a lei legislativa contrária à constituição não é Direito; se a última parte é certa, então as constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável (MARSHALL apud KLAUTAU FILHO, 2003, p. 269).

Marshall ao longo de seu voto sobre o caso levanta, portanto, a questão da possibilidade ou não de se negar vigência para uma norma, em especial norma federal, que confronte a Constituição dos EUA. Sua conclusão, a partir das mais diversas argumentações, foi de que sim há a possibilidade de se afastar determinada norma que não estivesse de acordo com a Constituição. Estava estabelecido o *judicial review* em moldes semelhantes ao que conhecemos atualmente.

Marshall concluiu pela incompetência da Suprema Corte em analisar originariamente pedidos de “*mandamus*” e se isentou de decidir o presente caso, alegando que a competência seria de uma das Cortes distritais.

A análise da decisão é fundamental, pois ao longo de seu voto *Marshall* apresentou justificativas para que o Poder Judiciário exercesse este tipo de controle, bem como o embasou diante da ideia de supremacia da norma constitucional. O controle de constitucionalidade nasce, portanto, a partir de um impasse político. Sendo assim, é preciso que se tenha em mente que a utilização da constituição como norma paradigma para o controle das demais não era uma prática inerente à teoria constitucional desde o princípio.

Logo, torna-se natural que questionamentos como objeções democráticas (KLAUTAU FILHO, 2003) sejam levantadas em relação a este sistema de controle da legislação. Sendo assim, a transição para a ideia de *judicial review* e supremacia da Constituição gera-se discussões até os dias de hoje sobre a legitimidade ou não deste controle.

2 A (I) LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM UMA DEMOCRACIA: DEBATE ENTRE WALDRON E DWORKIN

Diante da existência deste debate quanto à (in)validade desde as origens do mecanismo de controle de constitucionalidade torna-se necessário que o debate quanto a esta (i)legitimidade cresça ao longo do tempo, havendo autores que se posicionam das mais diversas formas sobre o tema.

Neste sentido, o presente trabalho utiliza-se de autores que se voltam para a análise do direito a partir de uma perspectiva filosófica e teórica. O embate entre Jeremy Waldron e Dworkin é extremamente enriquecedor para a questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e, por consequência, da compreensão de a quem cabe a última palavra dentro de determinada lógica democrática.

De pronto, é preciso destacar que os posicionamentos dos autores são antagônicos em relação a quem cabe a última palavra sobre a legislação vigente em determinado sistema. Jeremy Waldron preza pelo protagonismo do Parlamento, enquanto Ronald Dworkin afirma que não haveria espécie de déficit democrático na existência de um protagonismo judicial.

Tal espécie de posicionamento está intimamente ligada com a teoria democrática, visto que é a partir das concepções de democracia adotadas por cada um que se constrói a argumentação

sobre o protagonismo de determinado poder.

Constata-se, portanto, que para se buscar a resposta sobre a compatibilidade ou não do mecanismo de controle judicial com uma estrutura democrática faz-se necessário analisar as concepções de democracia procedimental e majoritária defendida por Jeremy Waldron e a concepção de democracia substancial e constitucional defendida por Ronald Dworkin (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 179).

Dworkin sustenta que a democracia necessita, para além de um aspecto procedimental, ser pautada em um aspecto substancial. Neste sentido, o autor defende o *judicial review* e o protagonismo judicial, visto que em sua visão a democracia poderia se fortalecer com a existência desta espécie de controle.

Para Dworkin, a intervenção judicial estaria fortalecendo a democracia à medida que invalidaria uma lei para reestabelecer as condições democráticas, quais sejam a participação, a igual consideração e o respeito por parte dos membros da comunidade e a independência moral (NOGUEIRA, 2016, p. 168).

Dworkin preocupa-se essencialmente com fato de que os direitos das minorias sejam mitigados diante de procedimentos majoritários. Em havendo a necessidade de se reconhecer a ideia de igual consideração entre todos os indivíduos o autor entende que se faz necessário proceder de tal forma que as decisões sejam satisfatórias tanto para minorias quanto maiorias. Sendo assim, o judiciário teria a função de realizar correções sobre eventuais erros e violações aos valores democráticos que o Poder Legislativo, ao exercer sua atividade típica, poderia ter cometido.

Nesse sentido, ele defende a concepção constitucional de democracia. Essa concepção não importa no abandono dos procedimentos, mas na compreensão de que, em certos casos, tais procedimentos não se mostram satisfatórios para de fato promover a igualdade entre os indivíduos- por isso há a compreensão de que, para além de ideias puramente procedimentais, Dworkin defende a prevalência de ideais substantivos (VERBICARO, CASTRO, 2017, p. 186).

Neste sentido, a visão de democracia para o autor não se esgota em seu aspecto procedimental e majoritário, ou seja, em certo sentido Dworkin entende que democracia não se refere única e exclusivamente ao governo do povo ou da maioria (SARMENTO, 2014, p. 12).

A proposta de Dworkin é que se adote um modelo de democracia coparticipativa onde o autogoverno dos indivíduos não deve ser compreendido a partir de um governo da maioria, mas a necessidade de se implementar um governo de todas as pessoas atuando como parceiras sob a lógica de que a cada um cabe agir com igual respeito e consideração para com os demais parceiros. Neste cenário, as leis devem buscar atender a proteção da dignidade de cada cidadão de determinada comunidade (DWORKIN, 2014, p. 586-587).

Este modelo de democracia permite uma espécie de compatibilização entre a vontade de maiorias e minoriais. O papel do controle judicial de constitucionalidade seria justamente a possibilidade de se tornar instrumento de aperfeiçoamento da legitimidade governamental que

se daria a partir da proteção da dignidade e independência ética de, por exemplo, um grupo minoritário. O governo torna-se legítimo e a maioria passa a ter autoridade para decidir casos controversos quando as instituições protegem a todos em igual medida. (DWORKIN, 2014, p. 588-589).

A partir deste contexto, o autor propõe uma espécie de leitura moral do sistema jurídico, em especial da Constituição. Trata-se de um modelo de interpretação e aplicação das normas levando em conta princípios morais (VERBICARO, CASTRO, 2017, p. 180).

Segundo Conrado Mendes ‘a leitura moral é uma teoria sobre o que significa a constituição, e não sobre a instituição que pode empreende-la. Com efeito, o juiz pode revogar uma lei ordinária embasado no argumento de princípio, tendo para isso a missão de perscrutar o passado, presente e o futuro institucional da comunidade (SARMENTO, 2014, p. 12).

Em havendo esta leitura moral da constituição Dworkin afirma que quem possui melhores condições de realizar este tipo de leitura seriam os juízes, visto que estes seriam partes neutras e imparciais no debate político.

O poder judiciário, concebido na defesa das minorias e das majorias, segundo Dworkin, estaria mais apto a deferir sobre os interesses das partes, já que não estaria diretamente ligado a nenhuma delas e não precisaria responder eleitoralmente à maioria (NOGUEIRA, 2016, p. 169).

A proposta de Dworkin é, portanto, que se relativize a noção majoritária de democracia em nome da defesa de direitos de todos os envolvidos em determinada comunidade política, sejam estes integrantes de uma maioria ou não. A proposta gira em torno da necessidade de que a dignidade em Dworkin exige que os indivíduos sejam participantes do próprio governo, sejam eles integrantes de uma maioria ou minoria (DWORKIN, 2014, p. 590).

Neste sentido, para além de assegurar o direito de sufrágio e participação do indivíduo nas tomadas de decisões políticas, faz-se necessário que a comunidade política expresse respeito pelos interesses individuais de cada um dos membros da comunidade. Trata-se da noção de que os direitos individuais devem ser vistos como trunfos.

Sendo assim, as decisões majoritárias seriam válidas quando levassem em consideração tal pressuposto (igual consideração) e não o levando haveria legitimidade para o controle judicial de eventual norma que desconsiderasse a reciprocidade na convivência entre indivíduo e comunidade política.

A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade para Dworkin parte da visão de que o instrumento majoritário pode ser falho e, assim sendo, o Judiciário exerceria uma espécie de controle contramajoritário com vistas a cumprir a promessa de igual consideração na convivência em determinada comunidade política.

Segundo essa visão, uma comunidade democrática não deve ignorar os interesses de um grupo minoritário, sob pena de ser antidemocrática, mesmo que para isso tenha se utilizado corretamente dos meios majoritários de tomadas de decisão (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 189).

Importante frisar que Dworkin não afasta a utilização de meios majoritários, apenas não oferece importância exclusiva para estas formas de tomada de decisões. Por sustentar que estes meios podem ser falhos o autor entende que se torna legítima a existência do controle de constitucionalidade com vistas a garantir a distribuição equitativa de recursos e oportunidades e também de liberdade positiva (DWORKIN, 2014, p. 609).

Conforme já abordado anteriormente o autor acredita que a democracia se assenta num ideal de fraternidade política com aspectos associativos e, portanto, a existência do mecanismo de controle de constitucionalidade serve como meio para reforçar esse ideal e contribuir para a garantia de direitos fundamentais dentro da seara democrática (LONGO FILHO, 2015, p. 105)

Dworkin possui uma espécie de desconfiança com o protagonismo do Parlamento enquanto detentor da última palavra sobre determinada norma ou ato, visto que, como já afirmado anteriormente, não entende ser o mecanismo majoritário infalível. Diante disso, o autor transita de um argumento de legitimidade democrática quantitativo para um argumento pautado na qualidade

A qualidade da decisão está centrada no fato de que o juiz possuiria a capacidade de afastar uma decisão que fosse ofensiva à democracia, o que talvez não fosse possível por meio do debate apaixonado da arena majoritária. Entende o autor que afastar uma lei que seja ameaçadora para democracia por meio do controle de constitucionalidade é saudável e fortalece a democracia e a proteção de direitos fundamentais (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 195).

Por outro lado, Jeremy Waldron adota posicionamento totalmente contrário ao defendido por Dworkin, pois oferece um maior protagonismo ao Parlamento em detrimento do poder judiciário.

De pronto, é preciso frisar que Waldron é adepto de uma teoria democrática procedimental e majoritária que se revela diferente da noção de democracia constitucional e substancial apresentada por Dworkin.

(...) o autor estrutura seu posicionamento em defesa dos valores democráticos e procedimentais como a melhor resposta diante das controvérsias suscitadas pelos profundos desacordos e pelo fator do pluralismo em sociedade- os indivíduos, em sociedades democráticas, são essencialmente diferentes em suas concepções sobre direitos e moralidade política, logo as decisões sobre questões morais controversas devem levar em igual consideração tais opiniões distintas (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 183).

Ponto central da teoria de Waldron é a preocupação com a existência de desacordos na sociedade. O autor afirma que as sociedades são compostas por indivíduos que discordam sobre a maioria dos assuntos polêmicos existentes. Neste sentido, torna-se mandatário o exercício do que

ele denomina como “ ‘el derecho de los derechos’- el derecho de participación en la elaboración de las leyes” (WALDRON, 2005, p.337).

Waldron, portanto, não segue o posicionamento de Dworkin no sentido de ver a maioria como uma ameaça ou o procedimento majoritário como problemático. Ao contrário, o autor acredita que é por meio da deliberação no parlamento que as soluções aos desacordos serão alcançadas.

La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre y mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. Los procesos que esto conlleva pueden ser complejos e indirectos (...) pero todas ellas están orientadas finalmente hacia el mismo ideal: la participación del Pueblo- de algún modo, a través de algún mecanismo- básicamente en términos de igualdad (WALDRON, 2005, p. 338)².

O autor defende o mecanismo majoritário como meio de solução das discordâncias por entender ser este o meio onde as opiniões de todos os indivíduos podem ser levadas em consideração de maneira igual. Logo, haveria uma espécie de igualdade de participação nas decisões sobre desacordos.

O *judicial review* acabaria por “elitizar” a discussão sobre temas amplamente debatidos na sociedade. Não garantir a última palavra ao Parlamento seria, de certa forma, retirar aquilo que considera ponto central na vivência em comunidade política que é a possibilidade de participação em igualdade de condição e a formação de acordos a partir do debate público (SILVA, 2009, p. 204).

Inclusive, o autor rejeita a alegação de que o debate no Parlamento é parcial, visto que as partes que integram o debate tentariam impor sua vontade. Segundo Waldron (2005, p. 360), se assim o for o argumento utilizado recairia em petição de princípio, visto que a apelação a um controle de constitucionalidade ou qualquer outro procedimento político também levanta essa espécie de suspeita quanto a imparcialidade das partes.

Nota-se, portanto, que Waldron busca desconstruir a ideia defendida por Dworkin de que a esfera judicial seria a melhor arena para solucionar desacordos de cunho moral (principalmente quando da defesa de minorias) diante de um suposto vício do debate legislativo ante a parcialidade das partes. Além disso, o autor busca resgatar o protagonismo legislativo no arranjo institucional (NOGUEIRA, 2016, p. 168).

O argumento de Waldron é de que a dignidade da legislação repousa no fato de que discordamos e a legislação são os nossos acordos compartilhados. O direito positivo introduz aquilo que o Direito Natural não pode fornecer: previsibilidade e certeza. Por meio do Direito Positivo, as mudanças são deliberadas, o que não

2 Tradução livre: “A democracia requer que quando haja desacordos em uma sociedade em uma matéria que se necessita tomar uma decisão comum, todo homem e mulher da sociedade tem direito de participar em termos de igualdade na resolução destes desacordos. Os processos que isto implica podem ser complexos e indiretos (...) mas todas elas estão orientadas ao mesmo ideal: a participação do povo- de algum modo através de algum mecanismo- básicamente em termos de igualdade”

pode ser desprezado, uma vez que existe uma série e firme discordância sobre questões morais na sociedade (LONGO FILHO, 2015 p. 100-101).

O protagonismo do Parlamento para Waldron concederia uma espécie de legitimidade da norma e a garantia de que as diversas visões sobre determinado assunto fossem observadas. Diante disso, Waldron rebate o argumento de Dworkin de que o controle judicial realizaria uma melhora do debate público sobre desacordos profundos da sociedade. Segundo Waldron “Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, com en los Estados Unidos (...)” (WALDRON, 2005, p. 346)³.

Outro ponto central defendido por Waldron sobre a necessidade de permitir que o Parlamento tome as decisões finais em relação a determinados assuntos é o fato de que o debate público e a possibilidade de participação na tomada de decisão criam uma espécie de responsabilidade na consciência do indivíduo.

*Hay algo que se perde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (unaccountable) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia (...) si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna perdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *proprio* erro acerca de la democracia (...)* (WALDRON, 2005, p. 351)⁴.

Transitar para o protagonismo parlamentar, evitando que o Judiciário revise e tenha a última palavra sobre determinados assuntos, acaba por retirar a responsabilidade do indivíduo enquanto participante político e seu reconhecimento como detentor da capacidade de deliberar sobre os desacordos vividos em sociedade (WALDRON, 2005, p. 353).

O autor demanda, portanto, que se reconheça o prevaecimento da ideia de autogoverno, ou seja, a capacidade de o ser político que cria determinada norma ou tome determinada decisão por meio do parlamento as aceite, ainda que seja ruim, por ter oferecido o que Waldron indica como consentimento originário (WALDRON, 2005, p. 369).

A preocupação de Waldron é, portanto, a de desconstruir uma noção de maiorias egoístas e irresponsáveis nas tomadas de decisões. Ao contrário, para ele é preciso que se leve a sério as diversas concepções de liberdade que as pessoas possuem em determinada sociedade (WALDRON, 2005, p. 370).

Neste sentido, busca evitar-se que as decisões finais sobre o direito de milhões de pessoas

3 Tradução livre: “Minha experiência é que os debates nacionais sobre o aborto são tão robustos e bem informados em países como o Reino Unido ou Nova Zelândia, onde estão constitucionalizados, como nos Estados Unidos”.

4 Tradução livre: “Há algo que se perde, desde um ponto de vista democrático, quando um indivíduo ou instituição não eleita nem responsável (unaccountable) toma uma decisão vinculante sobre o que implica a democracia (...) se uma instituição que é eleita e responsável (accountable) toma a decisão equivocada sobre o que implica a democracia, então, ainda que se produza alguma perda para democracia no conteúdo da decisão, não é insensato que os cidadãos se consolem pensando que ao menos tenham cometido seu próprio erro acerca da democracia”.

sejam tomadas com base na voz e no voto de poucos (WALDRON, 2005, p. 357) como, por exemplo, juízes de um tribunal na prática da *judicial review* em seu sentido forte.

Inclusive, o autor alerta que em geral quando há o debate sobre a validade democrática ou não do mecanismo majoritário de decisão esquece-se que a questão da legitimidade desta decisão perpassa por toda autoridade política (WALDRON, 2005, p. 357), ou seja, é inerente tanto ao parlamento quanto ao judiciário. Entretanto, frisa que pode haver outros sistemas de tomada de decisões que carecem de problemas muito mais graves, tais como o próprio poder judiciário.

Segundo Waldron (2005, p. 131), a decisão majoritária respeita as pessoas de duas maneiras: resguarda a igual consideração pelas suas diferentes opiniões sobre a justiça e o bem comum e contempla um valor de respeito a todas as pessoas indistintamente, com base em um procedimento que leva em conta os desacordos (VERBICARO; CASTRO, 2017, p. 185).

Sendo assim, em vistas a garantir o protagonismo do legislativo sobre desacordos e a mitigação do controle forte de constitucionalidade, constata-se que Waldron justifica a prevalência do mecanismo majoritário pois este atenderia o respeito à multiplicidade de visões sobre questões como justiça e bem comum, além de garantir a participação em igualdade para todos.

Diante destes argumentos verifica-se que para Waldron (2005, p. 361) não faz sentido e não se revela democrático transferir para um grupo de juízes o poder de vetar aquilo que o povo e seus representantes acordaram.

Para o autor, levar os direitos a sério é, em verdade, respeitar o direito de cada um participar dinamicamente da lógica de autogoverno, ou seja, permitir que a determinação de como certa sociedade irá viver parta do debate e da participação de todos em situação de igualdade (WALDRON, 2005, p. 372).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a questão do controle de constitucionalidade e sua legitimidade democrática ou não é um tema recorrente e um desafio a ser enfrentado desde as origens do instrumento no caso *Marbury vs. Madison*.

O principal desafio que o controle de constitucionalidade apresenta para a teoria democrática é a necessidade de conciliação de um Estado de legalidade e de Direito (*rule of law*) com a característica essencial de um Estado democrático que é a questão da representatividade popular.

Neste sentido, o debate principal gira em torno de a quem cabe exercer a última palavra sobre a validade de determinada legislação em uma democracia. Os arranjos institucionais influenciam diretamente sobre isso e a proeminência do judiciário diante do parlamento ou vice-versa dependerá de diversos fatores, tais como a concepção de democracia que se adote.

O presente trabalho se iniciou com o estudo da origem do controle de constitucionalidade por meio do caso *Marbury vs. Madison*. Tal análise teve como objetivo demonstrar que a ideia de utilização da norma constitucional como paradigma de controle e a possibilidade de o poder judiciário ser o meio para realizar a presente revisão foi uma construção jurisprudencial.

Logo, a ideia de *judicial review* não constava escrita na Constituição Americana de 1787. Em verdade, tal mecanismo de controle se deu a partir de questões políticas em que o *chief of justice*, ao detectar conflito entre a Constituição e a legislação ordinária, estabeleceu que a Constituição deveria ser respeitada por toda legislação sob pena de, diante tal inobservância, perder sua validade.

Apresentadas as razões que levaram ao surgimento do mecanismo de controle constata-se os questionamentos acerca da legitimidade ou não de um protagonismo judicial já existia desde as discussões na Convenção da Filadélfia entre os federalistas.

Diante disso, parte-se para um debate sobre a legitimidade democrática do mecanismo de controle de constitucionalidade à luz da discussão entre Dworkin e Waldron. O referido debate é de importante contribuição para a construção da argumentação e da busca de solução ao problema que se impõe.

De pronto, é preciso destacar que a partir das leituras dos posicionamentos dos autores, posicionamentos estes eminentemente divergentes, verifica-se que atrás de cada argumento se vislumbra uma noção de democracia diferente.

Sendo assim, é preciso que se tenha em mente que Waldron e Dworkin adotam concepções de democracia completamente distintas. Dworkin revela-se adepto de uma concepção substancial e Waldron uma concepção eminentemente procedimental e majoritária. Tais visões sobre o fenômeno democrático afetam diretamente o posicionamento sobre a quem cabe a última palavra e sobre a legitimidade democrática do mecanismo de controle judicial.

Waldron é adepto do protagonismo do parlamento. Para ele cabe ao poder legislativo a palavra final acerca da legislação. Isso se deve ao fato de que para o autor vivemos em uma sociedade pautada em desacordos, ou seja, uma sociedade permeada por assuntos polêmicos em que os indivíduos possuem opiniões diferentes e divergentes.

Desta forma, o autor destaca que se torna necessário a garantia do chamado direito dos direitos, qual seja o direito de participação na elaboração das leis. Para Waldron a vivência em uma democracia pressupõe que se leve em consideração a vontade de todos os indivíduos e que estes cidadãos tenham a possibilidade de interferir naquilo que seja considerado direito.

É por isso que o autor vê o parlamento ideal para a solução do dissenso. Além disso, o autor vislumbra o mecanismo majoritário como interessante para o estabelecimento de acordos na sociedade, visto que este mecanismo oferece igual peso para todos os tipos de posicionamentos no debate público.

Busca, portanto, desconstruir a noção de que majorias seriam vistas como egoístas e problemáticas dentro da convivência em sociedade. Ao contrário, entende que somente debate público pode permitir que se formem leis justas e que se construa um senso de responsabilidade do

indivíduo em relação às decisões tomadas.

Waldron levanta o argumento de que a prevalência do protagonismo do parlamento e a impossibilidade de um *judicial review* forte decorre do fato de que a deliberação majoritária permite a formação da noção de autogoverno, ou seja, de que todos os cidadãos oferecem seu consentimento originário para as leis enquanto participante político.

Dworkin, ao contrário, se posiciona no sentido de que o *judicial review* revela-se como mecanismo fundamental para a garantia de direitos fundamentais dentro de determinada comunidade política.

Segundo o autor a comunidade é composta por maiorias e minorias e, em geral, as minorias tendem a ser vulneráveis quando das decisões políticas. Em razão disso, Dworkin vislumbra que o poder judiciário ter a última palavra sobre determinada lei é elemento contramajoritário salutar para a efetivação de direitos.

Este tipo de visão decorre da noção de democracia adotada por Dworkin. O autor adota uma concepção substancial em que a preocupação com a garantia das minorias e a relativização do princípio majoritário em nome dos direitos fundamentais individuais é ponto central.

Constrói-se também uma concepção comunitária de democracia em que há a garantia de direitos para determinado indivíduo enquanto integrante de determinado grupo, mas também deve-se entender pela existência e um comprometimento da própria comunidade com a garantia de direitos fundamentais do cidadão enquanto indivíduo moralmente independente.

Neste sentido, não se vê a democracia como mecanismo eminentemente procedimental e numérico. Ao contrário, preocupa-se com a ideia de que haja igual consideração por todos os indivíduos integrantes de determinada comunidade.

Em razão disso, Dworkin entende que em alguns casos o legislativo poderia descumprir a proteção e a garantia de direitos de minorias e, em razão disso se justificaria o controle de constitucionalidade como meio para impedir a vigência de legislação prejudicial a estes indivíduos.

Para Dworkin, portanto, o mecanismo do controle judicial melhoraria a democracia ao corrigir os erros do parlamento. É de se destacar que este tipo de visão decorre de uma leitura moral da constituição construída pelo autor que acaba por construir uma nova forma de interpretação das normas sendo, para Dworkin, o judiciário o melhor local para realizar este tipo de hermenêutica.

Logo, o controle judicial para Dworkin é mecanismo extremamente legítimo que contribui para a garantia de direitos, além de ser meio para o controle de maiorias eventuais e tirânicas que possam ameaçar direitos fundamentais.

Diante todo o exposto, a principal consideração que o presente trabalho formula é a de que considerar o mecanismo de controle de constitucionalidade como um instrumento de cunho democrático ou não dependerá da concepção de democracia que se adote, bem como da visão que se tenha sobre o papel a ser desempenhado por cada poder dentro de determinado arranjo institucional.

REFERÊNCIAS

- BERMAN, José Guilherme. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 7, n. 32, p. 193-227, mar./abr. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- HAMILTON, Alexander.; MADISON, James; JAY, John. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- HAMILTON, Alexandre; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Campinas: Russell Editores, 2003.
- HORTA, Raul. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 2, p. 255-275, jul/dez, 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/50/50>. Acesso em: 10 mar. 2018.
- LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 90-111, agosto, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58328>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- NOGUEIRA, Carolina. O controle de constitucionalidade no Brasil e as teses defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 2, p. 163-176, jul-dez. 2016. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=215&volume=. Acesso em: 13. jan. 2019.
- SARMENTO, Vitor. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 11, n. 35, p. 1-29, jan. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472779>. Acesso em: 05 abr. 2019.
- SILVA, Virgílio. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 07 jun. 2019.
- TRIBE, Laurance. **American constitutional law**. New York: The Foundation Press, 1988.
- VERBICARO, Loiane; CASTRO, Pietra. Direito, controle judicial e democracia: O debate entre as teorias democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 26, n. 47, p. 177-204, jan-jun, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6829>. Acesso em: 17 mar. 2018.
- WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Como citar: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; NETO, Ridivan Clairefont Mello. Controle de constitucionalidade e democracia: entre o parlamento e o judiciário à luz da teoria de Waldron e Dworkin. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 54-69, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 54. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 07/10/2019

Aprovado em: 24/08/2020

A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA À LUZ DO CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT

CRIMINALIZATION OF POVERTY IN LIGHT OF THE CONCEPT OF THE BANALITY OF THE EVIL BY HANNAH ARENDT

Fernando Hoffmam *

Pedro Victor dos Santos Witschoreck **

*Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, registrado junto à FDV/ES, à ESDHC/MG e ao CNPQ; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Coordenador do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFSM/RS e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).
E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

**Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Campus Santiago).
E-mail: pedroviktor@hotmail.com
Privacy Hub (2016). Advogado com experiência nas áreas Direito e Novas Tecnologias, Direito do Trabalho e Direito Empresarial.
E-mail: vinicius.fortes@imed.edu.br

Como citar: WITSCHORECK, Pedro Victor dos Santos; HOFFMAM, Fernando. A criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 70-90, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 70. ISSN: 1980-511X

Resumo: O objetivo deste trabalho é demonstrar o quanto o direito penal e as penas privativas de liberdade atingem as camadas sociais mais pobres em razão da sua vulnerabilidade ocasionada pelo capitalismo, o qual é responsável por gerar a desigualdade social e tornar o direito um instrumento a serviço da burguesia. O reflexo disso são as diversas violações praticadas pelo estado em desfavor de determinados indivíduos estigmatizados, com respaldo da legalidade que ajuda a manter do *status quo* dessa estrutura. Ao passo dessa análise criminológica, abordar-se-á o conceito de Banalidade do Mal, desenvolvido por Hannah Arendt, após a Segunda Guerra Mundial, que objetivou explicar a naturalização do mal quanto ao extermínio de judeus e outros indesejados aos olhos do nazismo. Buscar-se-á mostrar essa “naturalidade” quando se trata de punir e segregar, as classes sociais de baixa renda por meio do sistema penal.

Palavras-chave: Punitivismo. Sistema Penal. Capitalismo. Banalidade do Mal. Encarceramento.

Abstract: The main objective of this study is to demonstrate how criminal law and custodial sentences reach the poorest social strata because of its vulnerability caused by capitalism, which is responsible for generating social inequality and making law a mere tool for the bourgeoisie. This is reflected in the various violations committed by the state to the detriment of certain stigmatized individuals, supported by the legality that it helps maintain the status quo of this structure. At the turn of this criminological analysis, the concept of Banality of Evil, developed by Hannah Arendt after the Second World War, is utilized to explain the naturalization of evil as a means to exterminate Jews and others unwanted peoples in the eyes of Nazism. This paper shows “naturalness” in the context of

punishing and segregating low-income social classes through penal system in current society.

Keywords: Punitivism. Criminal System. Capitalism. Banality of Evil. Incarceration.

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro na atualidade passa por uma crise evidente, e que já não vem de hoje, pois assentada em um paradigma punitivista e excludente que é a marca das políticas criminais brasileiras desde sempre. O punitivismo, e a cultura social punitivista que nasce dele são marcas enraizadas na sociedade brasileira que clama por punição, aumento de penas e encarceramento. No entanto, os encarcerados são sempre os mesmos, ou seja, o encarceramento em massa atinge a massa de pobres, negros e habitantes da periferia, para os quais a máquina punitiva estatal está direcionada.

Essa orientação é bastante clara, a partir das características exacerbadamente patrimonialistas do Código Penal brasileiro, que, datado do início do século passado, mantém as características tipicamente burguesas de proteção do patrimônio e da propriedade privada, presentes desde o Brasil Império, mantidas na República e que deixam suas raízes até os dias atuais. Nesse ponto, a criminalização do dano ao patrimônio, é conseqüente e necessariamente a criminalização das classes mais pobres e vulneráveis, ainda, podendo se apontar a política de drogas brasileira como extremamente seletiva e excludente.

Nesse sentido, para que se possa evidenciar tal situação, O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, eis que se partirá do “geral”, ou seja, o sistema penal capitalista em sentido amplo, para o particular, qual seja a análise do encarceramento em massa no capitalismo relacionando com a criminalização da pobreza à luz do conceito de Banalidade do Mal desenvolvido por Hannah Arendt. Do mesmo modo, o trabalho encontra-se dividido em dois momentos.

Em um primeiro momento apresentar-se-á os discursos responsáveis por fortalecer a cultura do punitivismo e o endurecimento das penas, quais sejam o medo e a concepção de impunidade, levantados como pauta social a fim de fortalecer a mentalidade punitivista pré-existente. Nesse passo, ocorre a segregação dos indivíduos pobres pela via do sistema penal, que tem como solução final o encarceramento em massa da pobreza. Assim, far-se-á o entrecruzamento entre a cultura do punitivismo baseada nos discursos de medo e impunidade, relacionando-os com o encarceramento em massa como um paradigma excludente direcionado à criminalização da pobreza como uma necessidade sistêmica.

No segundo momento, será feito um percurso quanto à construção do conceito de Banalidade do Mal, desenvolvido por Hannah Arendt em meados do século XX para “justificar”, em sentido negativo, as proporções tomadas pelo nazismo e a naturalização das práticas de extermínio mediante uma espécie de “ausência” quanto a capacidade de reflexão que torna o mal banal. Nesse ponto, para além da apresentação do conceito de banalidade do mal, se buscará o entrelaçamento da temática referente ao funcionamento do sistema penal brasileiro e a relação com a banalidade do mal nos dias atuais. Com isso, busca-se demonstrar a naturalização do mal em se tratando da pobreza como externalidade do sistema de economia capitalista e a cultura do punitivismo geradora do encarceramento em massa como um mal necessário e banal para a proteção da sociedade, corroborando para a criminalização da pobreza de acordo com a seletividade do sistema penal – e

capitalista –, sendo possível fazer essa leitura a luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt.

1 O DISCURSO PUNITIVISTA ENTRE MEDO E IMPUNIDADE

No presente século, a sociedade encontra-se em constante movimento, onde cada vez mais o sistema de economia capitalista segrega a pobreza dos grandes centros, ou, então, cria espaços “separados” para ela, mesmo que misturados aos grandes centros. Ao passo em que o capitalismo cria raízes, tornam-se necessários para o seu firmamento o desenvolvimento de discursos que buscam a legitimação quanto a uma série de práticas segregacionistas, bem como de outras formas de atuação do estado burguês em desfavor de determinados cidadãos.

A busca por justificativas e legitimações são responsáveis pela criação do discurso punitivista, pois coloca a punição como um fim para acabar/reduzir a criminalidade. Essa lógica se mantém a partir do momento que é transmitida a sensação de impunidade e de medo, incumbidos a fazer com que parte da população clame pelo encarceramento e/ou a morte daqueles que cometeram algum delito, acusando o Estado de não ser rígido como deveria ser, ou seja, de não suprir o desejo de segurança que emana do “povo”.

A perspectiva que embasa a lógica do senso comum defende que o real fundamento do organismo punitivo estatal ocorre por meio da construção de uma diferença entre os cidadãos (portadores de direitos) e os inimigos (perigosos para a sociedade), os quais são dignos de medidas que além dos limites jurídicos. Desse modo se constrói uma crença no atual modelo social que visa nos impor uma verdade, quase que indiscutível, a respeito da figura do “outro” indivíduo. Essa verdade é sob um viés ameaçador que nos posiciona defensivamente, sob a falácia de um perigo/medo constante e imediato, que vai nos colocar em risco quanto “o outro” (BOSCHI, 2010).

É por meio dessa figura do “outro”, e o distanciamento criado por ela, que é possibilitado o discurso do medo como essencial, pois, ao retirar o caráter de humanidade do “outro” e não o identificar como um “igual”, acredita-se que ele é um inimigo, sendo assim, como todos os inimigos, deve ser destruído, eliminado ou retirado de onde está causando perigo. Através de tais apontamentos, observa-se o punitivismo, o medo, e a impunidade como discursos que objetivam o mesmo fundamento, qual seja a legitimação das segregações estabelecidas pelo capitalismo.

Diante do exposto, uma característica a ser destacada, é no sentido de que o punitivismo está embasado por questões racionais quanto ao Estado violar os direitos humanos inerentes a todos. Assim, havendo essa diferenciação extremamente midiática entre o “eu/nós” e “eles”, ocorre uma espécie de “comercialização” do encarceramento quanto aos transgressores, ignorando qualquer precariedade em sentido socioeconômico e na base estrutural que norteia o indivíduo (ZAFFARONI, 2001).

A crença existente na cultura do controle, colocada em prática por meio de um aumento quanto as punições, acaba por categorizar os indivíduos de forma maniqueísta, classificando-os em

seres humanos bons e seres humanos maus. O objetivo disso é delinear contra quem devemos estar protegidos. A distância entre os bons e os maus deve ser enfatizada para possibilitar a segurança, que na lógica punitivista, sempre deve estar “perdida” para dar continuidade a tal estruturação (CARVALHO, 2015).

Tendo em vista essa estruturação do poder econômico, as camadas desprovidas de capital acabam por ficarem segregadas estrategicamente por muros construídos no imaginário ou na realidade, e tornam-se a personificação daquilo considerado “mal”. Essa segregação constitui a concepção do “outro” como alguém que não faz parte da humanidade, aumentando o medo e abrindo margem para a cultura punitivista da sociedade capitalista (AMARAL, 2010).

Essa ideologia, praticamente um mecanismo de “defesa social”, ocorre em razão da legitimidade do poder punitivo estatal através da aplicação da pena privativa de liberdade como forma de satisfazer as necessidades de castigar advindas da sociedade, e, no caso da sociedade capitalista, o desejo de castigar advém das elites, enquanto o castigo recai sobre as populações pobres e vulneráveis, sob a forma de um castigo sobre os inimigos, os maus, ou seja, um castigo “justo” (CARVALHO, 2015).

Surge a compreensão do crime como um fator político, na medida em que determinados indivíduos são induzidos a praticá-los, isto é, agir contrário à lei, ao passo em que o Direito e o Estado constituem parte da classe dominante (a burguesia) e são desfavoráveis as classes vulneráveis. Assim, tem-se a constante luta de classes dos detentores do poder contra aqueles que são submetidos a tal poder (BARATTA, 1999).

Considerando o caráter burguês do estado, transmite-se a compreensão de que o indivíduo quis praticar determinado delito, como uma escolha proveniente da racionalidade, pois no imaginário burguês, ele poderia ter feito outra escolha, como por exemplo, trabalhar ou estudar. Ignora-se que o Estado é o gerador da pobreza, bem como as violações cometidas por ele – Estado.

É a partir dessa confrontação entre classes que a ideia punitivista no Brasil adentra na crença de uma individualidade abstrata que homogeneiza todas as diferenças sociais, culturais, raciais e de gênero, assim como as demais existentes, viabilizando que as violências institucionais criem bases estruturais e se tornem constantes e naturais na sociedade. Em razão disso, percebe-se que há uma associação um tanto quanto mecânica entre a pobreza e a violência, pois quanto maior a pobreza, possivelmente maior a violência. Essa violência não é nada além da expressão da luta de classes, consistente na manifestação advinda dos subalternos.

Assim, dá-se entender que é através da punição que virá a solução dos conflitos sociais e resolverá todos os problemas pertinentes a criminalidade, bem como será ela a responsável por “moralizar” o neoliberalismo, ou seja, a pena é tida como a solução para os problemas do sistema, criados pelo próprio sistema (BARATTA, 1999). Essa idealização da punição e a compreensão dela como algo fundamental para “pacificar” ou “melhorar” a sociedade capitalista pode ser uma das razões pelas quais as teorias conflitivas visam a demonstração da relação entre Direito Penal e interesses de classe, pois este é um instrumento daqueles que detém o poder (BATISTA, 1990).

Pelo exposto, ocorre a cooperação do Estado para criar leis que protegem valores

ameaçados pelos grupos subalternos, sendo a punição nada mais que a continuação desse conflito pela via da (i)legalidade e da (ir)racionalidade pertinente ao Direito (BATISTA, 1990). Diante dessa lógica, o mal tem que ser eliminado, extinto, erradicado do meio social, ou, minimamente, segregado em determinados locais (favelas, guetos, presídios e locais onde o Estado existe somente na condição de inimigo), mas, preferencialmente, o mais distante possível do restante da sociedade. Esse distanciamento é em razão do estigma criado e imposto a esses locais e pessoas, não precisando ser necessariamente um distanciamento físico, apesar de que as vezes também é (BATISTA, 1990).

Mais profundo que a suposta concepção de “tranquilidade”, é a distância e a indiferença, as quais são absolutas e extremamente visíveis, pois não podemos correr o risco de nos identificarmos com aquele “outro lado”, o qual atribuímos uma monstruosidade (a nossa monstruosidade). Assim completa-se o ciclo de transferência de tudo aquilo de que não gostamos em nós mesmos, para a descarga de nossas culpas ao sujeito que está localizado “do outro lado dos muros”.

Ocorre a relação entre os fatores acima mencionados e a construção de um imaginário social amedrontado, que acaba por criar um discurso de impunidade, que se responsabiliza por gerar uma queixa ao Estado no que tange a segurança pública. Diante disso, essa queixa deixa mascarada sua verdadeira realidade, acabando por se reduzir a pedir por mais punições, as quais atingem somente aqueles indivíduos “etiquetados” pelo capitalismo (ANDRADE, 2003).

Esse desejo pela segurança pública faz com que o Estado invista cada vez mais em órgãos de repressão, ao mesmo tempo em que alega falta de verba para outros setores, tais como saúde e educação. Exemplo a ser citado são as intervenções ocorridas nas favelas do Rio de Janeiro, onde visivelmente o Estado entra com o objetivo de eliminar certas pessoas, entretanto, a mídia retrata como algo necessário e humanizado que visa o combate à criminalidade e ao tráfico de drogas. Tal problemática consiste em ignorar o estudo pragmático da criminalidade e produzir apenas uma “legislação simbólica”, pois não tem como objetivo real a resolução dos problemas dessa ordem. Assim, criam-se leis a fim de contentar a classe dominante.

Destarte, cada lei penal criada torna-se mais uma que se destina a punir os pobres, na medida em que as sanções recaem sobre eles. Nesse sentido, cria-se a ilusão de que uma lei seja capaz impedir determinada ação, entretanto, ocorre que a criminalização não está necessariamente ligada com o cessamento de certas condutas, ela somente tipifica algo que vem sendo cometido, e continuará sendo, como ilícito, e partir disso tenta-se demonstrar a imoralidade na referida conduta.

Em verdade o que se pretende no seio do paradigma punitivista não é reduzir a criminalidade, mas sim, reduzir a quantidade de “indesejados sociais”. Por mais recrudescido que seja o sistema penal, ele não impede o acontecimento de determinadas condutas, mas, em um sistema penal, e com uma lei pena construída capitalisticamente como é o caso do Brasil, onde, os crimes contra o patrimônio são punidos exemplarmente desde sempre, o que se consegue, é cada vez mais criar zonas de indistinção entre vida e morte, habitadas preferencialmente pelas camadas desprovidas da sociedade.

Diante disso, a crença criminológica dominante tem seu ponto principal na própria

ideia de pena, e, antes de tudo, acredita na pena como algo sagrado e solucionador de conflitos, não importando o fundamento que a legitima. Não há debate nem atrito, pois todo o discurso legitimador da pena é aceito de forma fácil e rápida, imediatamente incorporado à sociedade de forma a naturalizar-se (BATISTA, 1990).

Os reflexos dos discursos de medo e impunidade naturalizados socialmente, cumprem perfeitamente seu papel ideológico, tendo como solução para a violência uma forma de genocídio em desfavor das classes vulneráveis, ao mesmo tempo em que o Estado penal vai se tornando cada vez mais forte e estabilizado para dar continuidade a tais práticas (BIRMAN, 2010). Considerando as reflexões expostas, torna-se necessária a construção de ideias e práticas libertárias, bem como igualitárias, visando o rompimento em todos os sentidos com as diversas formas e manifestações de totalitarismo, negando essa “proliferação” da cultura do controle e conseqüentemente das punições que norteiam a atual sociedade (KARAM, 2010).

É essencial o afastamento dos medos ao passo em que é preciso repudiar o maniqueísmo responsável pela divisão e rotulação das pessoas em “boas” e “más”, resultando na crença da existência de um “cidadão de bem” como oposição aos “delinquentes”, “marginais”. Esse maniqueísmo é estimulante dos desejos punitivos e não permite a existência de uma igualdade necessária entre todos os indivíduos. O maniqueísmo rotula, segrega e mata, tornando extremamente eficazes os discursos do punitivismo, do medo e da impunidade, ao passo em que capacita o Estado a encarcerar de forma ilimitada, sendo cada vez mais rigoroso em suas penas e tendo cada vez mais uma polícia, um judiciário e uma classe média com desejos punitivos que extrapolam qualquer noção de Direitos Humanos e seguem se afastando de qualquer avanço social.

Por isso a superação do poder penal, especificamente do poder de encarcerar, só acontecerá se houver condições para tal avanço, como por exemplo a produção de um consenso que vise a superação dessa tradição com raízes no autoritarismo, responsável por identificar liberdade com impunidade e praticando diversas opressões contra o povo – ou, determinada camada social. Há de ser travada uma luta contra a “hegemonia do cárcere”, contra os instrumentos propagadores dos discursos que permitem dar força as ideias punitivistas e segregacionistas, e por fim, contra todos os aparelhos ideológicos pertinentes ao capitalismo e que tem como aspiração uma sociedade desigual e injusta (KARAM, 2010).

Por fim, ressalta que através dos discursos mencionados, bem como dos diversos mecanismos utilizados pelo estado burguês, torna-se possível o encarceramento em massa de uma classe social e a retirada em massa de sua humanidade, caracterizando grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade como “outros”, dotados de maldade e vistos como inimigos para os demais cidadãos.

A sociedade capitalista obteve êxito quando propôs o encarceramento em massa como paradigma a fim de excluir aqueles considerados indesejados. Nos dias atuais, é necessário um sistema carcerário lotado de pobres, negros e outros indesejados pelas elites, bem como a existência de favelas, guetos ou espaços regidos pelo estado, quase sob a lógica estrutural de um campo de concentração, onde determinadas vidas são dispensáveis e insignificantes, podendo ser retiradas a

qualquer momento, sem qualquer caráter de ilegalidade e com pouca fiscalização ou crítica. Essa é a lógica do encarceramento em massa, e é o que se passa a tratar.

2 ENCARCERAMENTO EM MASSA E EXCLUSÃO SOCIAL

Quando adentramos na lógica do encarceramento em massa como paradigma excludente, interessa demonstrar as razões pelas quais o cárcere é uma alternativa tão utilizada pelo Estado. Tais razões são encontradas no próprio funcionamento do sistema econômico vigente, que modula o sistema penal vigente, bem como o direito como um todo, para que permaneça servindo a seus interesses.

Nessa etapa do presente trabalho buscar-se-á um olhar sob a perspectiva da criminologia radical¹ como crítica radical à criminologia tradicional, assumindo um ponto de vista que analisa a sociedade dividida em classes e demonstra os objetivos da ideologia dominante reproduzidos pelas teorias tradicionais de controle social (SANTOS, 1981). É importante demonstrar que tal perspectiva tem raízes em Marx, pois ele foi um dos responsáveis por desmascarar o caráter ideológico do mecanismo capitalista, que encarna os ideais burgueses de “liberdade” e “justiça”, observando que esse mecanismo funciona sobre pressupostos de escravidão e opressão (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

Adentra-se na perspectiva materialista do desenvolvimento histórico da humanidade, considerando que as relações se constituem por meio de um “enfrentamento” de interesses contrários, os quais superam a si mesmos, estabelecendo que, primeiramente, deve-se observar a história constituinte, pois somente assim alcançará o conhecimento científico coerente dos fatos sociais e encontrará as contradições desse fenômeno (MARX, 2017).

A partir desta ótica, delinear-se-á como ideologias dominantes aquelas que são construídas por teorias tradicionais de controle social e se configuram como ideologia “oficial” no que tange ao Direito Penal e as diversas políticas de segregação (ANIYAR DE CASTRO, 2005).

Desta maneira, o desempenho de todo o sistema penal, sob o olhar marxista, tem como a sua mais importante função a proteção das camadas mais altas da estrutura social em prejuízo das camadas mais baixas, por meio do controle social das populações desfavorecidas economicamente. De forma mais generalizada, as relações sociais desiguais, existentes em razão do modo de

1 Em contraponto a criminologia radical, a “criminologia positivista” analisa somente as condutas daqueles indivíduos criminalizados, deixando de fora o sistema penal do seu objeto de estudo. Ao fazer isso, aceita a ideologia dominante e justifica o sistema penal e o controle social existente, dando a condição de legalidade a toda opressão partida do Estado através do Direito Penal. Há uma série de conhecimentos que deixam claro o caráter ideológico dos discursos criminológicos tradicionais, que unicamente estudam os criminalizados, que são nada mais, nada menos, que indivíduos “selecionados” em razão de sua classe social vulnerável. Por isso o direito penal se limita apenas aos sentidos atribuídos juridicamente quanto aos atos, ignorando o sentido teleológico da punição, bem como de fazer as críticas necessárias a tal prática (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999). A análise criminológica tradicional e positivista não faz qualquer análise sociológica, ignorando as desigualdades existentes, prendendo-se a “condutas” e a lei, ou seja, a perspectiva do desenvolvimento histórico, embasado no enfrentamento de classes, bem como a existência de uma classe detentora de poder, não existem para tal corrente. Tem-se somente um estudo perante o que está posto, abstendo-se de questionamentos ou aprofundamentos a fim de questionar os fatores pertinentes ao sistema penal de maneira ampla.

produção capitalista, necessitam se preservar como forma de perpetuação desse próprio sistema, cabendo ao Estado o papel da repressão pela via da legitimidade do sistema penal, produzindo um discurso ideológico que possibilita a aceitação do *status quo* relativo à sociedade de classes e as inerentes desigualdades (GUIMARÃES, 2007).

Nesse sentido, a pena privativa de liberdade como parte do sistema penal pode ser compreendida como uma transformação (negativa) social, econômica e política que presidem a sociedade capitalista, levando em conta que expressa claramente os ideais e as exigências para a dominação de classes, antes mesmo de qualquer ideia de humanização das penas (GUIMARÃES, 2007)². O encarceramento em massa, por meio da pena privativa de liberdade, representa essas transformações negativas em todos os seus aspectos, ao passo em que se tornou um paradigma, ou seja, um padrão desenvolvido a fim de satisfazer as políticas capitalistas. Conforme se encarcera em massa a pobreza sob o discurso da segurança, o Estado desenvolve políticas de austeridade, diminuindo investimentos em diversas áreas de caráter fundamental.

O direito assume o caráter ideológico, cuja igualdade é uma exigência inafastável dentro de uma sociedade regida por princípios do mercado, cujos componentes se acham em estrita “igualdade jurídica”, consistente na liberdade para contratar. Dessa maneira, a desigualdade econômica é “compensada” pela “igualdade jurídica”, uma vez que a desigualdade entre o produtor direto e o burguês capitalista (detentor dos meios de produção) pode ser juridicamente transformada em igualdade contratual, fazendo com que a desigualdade real seja compensada por uma igualdade “virtual” através do sistema jurídico – penal (GUIMARÃES, 2007).

Assim, o Estado passa a funcionar como um aparelho com o objetivo de assegurar a ordem política e o padrão de acumulação de capital por meio do seu mais importante instrumento que capacita tal legitimação para as coerções, o Direito. O sujeito passa a ser categorizado conforme sua capacidade de autodeterminação e as explorações são vistas como formas de liberdade contratual.

Por isso, para o materialismo histórico, o Estado é uma “violência organizada” de uma classe contra aquelas que são subordinadas a tal, dando uma aparência civilizada a essa opressão em razão do caráter de legitimidade proporcionado pelo Direito em sentido amplo, mas especificamente pela forma mais direta, o Direito Penal (PACHUKANIS, 2017). Coloca-se à disposição do modo de produção capitalista uma máquina estatal polícialasca e excessivamente repressiva, que a partir do Direito e de seus aparelhos ideológicos – o principal deles, o sistema penal – constitui um campo profícuo à catalogação, separação e contenção de qualquer ameaça ao

² “A emergência da pena de prisão e do moderno sistema penal somente pode ser compreendida no marco das transformações sociais, econômicas e políticas concretas que presidem à consolidação da sociedade capitalista, pois expressa suas exigências de dominação classista, antes que a exigência de humanização da pena. O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo do proletariado nascente, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos esses fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz. Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente” (ANDRADE, 1997, p. 191). A partir dessa perspectiva, pretender-se-á demonstrar o verdadeiro objetivo da pena privativa de liberdade dentro desse sistema penal, a fim de deixar clara a lógica excludente em razão da sociedade dividida em classes sociais, bem como as opressões sofridas por aqueles que são afetados com o funcionamento desse estado democrático burguês. Torna-se importante, observar a ideologia contida no direito como um todo, por meio de uma análise marxista, a fim de desmascarar as falácias capitalistas, dentre elas a ideia de igualdade em sentido amplo, que abrange o mito da igualdade perante a lei.

paradigma econômico dominante.

A natureza antagonista do Direito Penal consiste em deduzir os princípios da política penal a partir dos interesses do conjunto da sociedade. Esse “conjunto da sociedade” ocorre só na imaginação da maioria dos juristas, pois o que há são classes com interesses opostos (PACHUKANIS, 2017). Esse conflito de interesses resulta na opressão da pobreza, que tem seus corpos violados pelo Estado, que os encarcera sem que haja limites e/ou os empurra para locais onde as condições para se ter uma vida digna são extremamente precárias³.

Hoje em dia todos os vulneráveis a esse modelo econômico, são privilegiadamente tachados como criminosos pelo Estado e vistos como tal pela parcela da sociedade que não é prejudicada com o sistema econômico – e penal. Esse fator é determinante para definir contra quem o sistema penal vai destinar suas leis e seus estabelecimentos prisionais. Por mais que o Estado busque proporcionalidade entre o delito e a pena, há um limbo que surge posteriormente ao tratar do cumprimento da pena, uma vez que o “delinquente” é reduzido a inimigo e encarcerado em locais onde há constantes violações de Direitos Humanos, pondo fim a proporcionalidade quanto a essa reparação de forma equivalente, pois a realidade do cumprimento da pena não consta no Código Penal.

Nessa perspectiva, é inviável compreender a criminalidade sem analisar o funcionamento do sistema penal. Ele é quem define e reage contra essa criminalidade, desde as normas abstratas, até a reação das instâncias oficiais, tais como polícia, juízes, instituições penitenciárias etc. Nesse passo, o *status* social do delinquente pressupõe o efeito, ou, a reação dessas instâncias oficiais de controle social da criminalidade (BARATTA, 1999).

Importa ressaltar que nesse entendimento, não adquire necessariamente o *status* de delinquente aquele que realizou determinada conduta ilícita e não é alcançado pela ação dessas instâncias. Por isso cria-se um estigma por parte das atividades da polícia e dos demais órgãos de acusação pública e juízes, que etiquetam determinados indivíduos que a sociedade capitalista compreende como delinquentes. Diante desse raciocínio, verifica-se que não é necessariamente delinquente aquele que cometeu alguma prática delitativa, mas aquele que pelas condições socioeconômicas encontra-se em vulnerabilidade em razão dos reais interesses da burguesia capitalista (BARATTA, 1999)⁴.

O sistema penal como sistema de direito desigual, demonstra que o direito penal não defende os bens jurídicos interessantes a todos os cidadãos e determina “penas justas”, mas demonstra que o *status* do criminoso é compartilhado de modo extremamente desigual e

3 De acordo com Pachukanis (2017) verifica-se que, independentemente do contexto social no qual se realiza determinada ação delituosa, quem agiu, bem como a razão porque tal ação foi praticada, não importam. O único fator relevante nesse caso é a punição como maneira de reparar o dano causado e saber se a sentença corresponde ou não à gravidade do delito, sendo que a privação da liberdade é medida em tempo por meio da tentativa de reparar de forma equivalente, havendo “proporção” entre delito e pena, pouco importando o destino posterior do “delinquente”.

4 É importante esclarecer que sob esse viés, a criminalidade deixa de ser uma qualidade ontológica de estipulados comportamentos e determinados indivíduos, mas se mostra como um *status* concedido a determinadas pessoas por meio de uma dupla seleção. Primeiro tem-se a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos e condutas que ofendem esses bens, os quais estão descritos nos tipos penais. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados dentre todos aqueles que infringem as normas penais. Desse modo, a criminalidade é um “bem negativo”, distribuído de forma desigual de acordo com a estruturação dos interesses no sistema socioeconômico, e também, de acordo com a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 1999).

ideologicamente interessado. Logo, o dano causado e o quão grave for o ato ilícito não constituem a variável principal para causar a reação do sistema penal, mas sim a pessoa que comete o crime (BARATTA, 1999).

A desigualdade, inerente ao direito penal, é necessária para a consolidação e defesa dos privilégios das classes dominantes, pois seleciona certos tipos de delinquência, bem como de delinquentes, e imuniza determinados comportamentos nocivos que são praticados pelos indivíduos pertencentes às classes sociais detentoras de poder e que, normalmente, são delitos com ligação ao acúmulo de capital. Por essa razão, a justiça penal se transforma em um meio de repressão brutal da burguesia que volta as suas forças quase que exclusivamente contra os revoltados com a situação de penúria crescente, mendigos, prostitutas, camponeses e todos aqueles que compõem as classes menos favorecidas. Além disso, as penas se transformam apenas em meios de extermínio físico, terrorismo e isolamento/segregação com relação ao sujeito. Esse isolamento assume um caráter não apenas social, mas muitas vezes racial/étnico (GUIMARÃES, 2017).

E, dentro dessa lógica, a “clientela” desse sistema penal capitalista é formada por pobres, não por terem tendência à prática delitativa, mas por terem mais chances de se tornarem indivíduos criminalizados e “etiquetados” como delinquentes em razão das suas condições socioeconômicas. Assim, o sistema penal, por meio da Polícia, Ministério Público, órgãos de execução penal e Magistratura, atua de maneira ideológica a serviço do modo de produção capitalista, corroborando com a dominação de classe e criminalizando os mais vulneráveis socialmente (ANDRADE, 1997).

Assim, vê-se a pena privativa de liberdade como o principal mecanismo do sistema penal vigente, pois o Estado, na condição de executor, encarcera o indivíduo selecionado e o mantém sob “controle”. A essência desse tratamento diferenciado atribuído a esse suposto “inimigo” é negar a sua condição de ser humano, considerando-o somente alguém perigoso. Dessa forma, estabelece uma distinção entre o cidadão, que é considerado “pessoa” e o inimigo, que tem tal condição negada e seus direitos individuais privados (ZAFFARONI, 2007).

O sistema prisional e as leis penais, como já expostos, servem para isolar e neutralizar determinadas camadas da população, por meio de uma vigilância, cuja lógica é a retirada dos “dejetos sociais”, e não “um trabalho social”. A principal justificativa para o encarceramento é de que os indivíduos que tiveram sua liberdade privada cometeram delitos, embasando a ideia funcionamento e eficácia com relação ao cárcere, pois impossibilitaria o acontecimento de novos crimes por parte dos encarcerados (WACQUANT, 2003).

Essa exposição que visa justificar o cárcere é uma falácia, pois a criminalidade não diminui, na medida em que o sistema penal não visa esse objetivo, ele somente quer retirar algumas pessoas de circulação. Além disso, a desigualdade social continua a existir, e conseqüentemente, as práticas delitivas. Outro fator a ser mencionado é que os indivíduos podem praticar delitos mesmo inseridos no sistema carcerário, como de fato acontece (WACQUANT, 2003).

Esse sistema de encarceramento não representa um “avanço teórico” sobre como a sociedade contemporânea age com relação ao fenômeno criminal, somente deixa claro que esse fator é parte integrante de um modelo político-econômico que não acredita na intervenção do Estado

na economia como fundamental para a redução das desigualdades. Esse modelo não tem outro jeito de agir com a desigualdade social senão por meio de ameaça frequente do encarceramento e com o isolamento em massa das populações a margem da sociedade capitalista⁵. De acordo com Baratta (2019) o crime então seria um “fenômeno político”, enquanto o criminoso, um indivíduo de alguma classe vulnerável que é induzido a ir contrário a lei, até porque os grupos detentores de poder acabaram por instrumentalizar o Direito e o Estado para criminalizar comportamentos contrários a eles e sua ideologia burguesa. Esse processo de criminalização diante as instâncias formais representa um conflito entre os detentores do poder e os submetidos ao poder.

E, nesse sentido, vislumbra-se que a existência de um sistema penal burguês faz com que seus operadores (polícias, judiciário e demais instituições pertinentes) trabalhem de forma cooperada a fim de encarcerar em massa a pobreza sem que haja qualquer análise de caráter sociológico. Essa atuação por parte desses operadores é revestida por um aspecto de naturalidade, capaz de ser analisada embasando-se no conceito de banalidade do mal, desenvolvido por Hannah Arendt.

Há uma banalização do mal do próprio Estado capitalista de maneira geral, responsável por violar uma série de direitos que prejudicam a classe desfavorecida, entretanto, o que mais nos salta aos olhos, é a criminalização da pobreza como um mal banal, algo que se tornou natural e passa despercebido diante da existência de um mecanismo jurídico burguês que legaliza e institucionaliza essas práticas de opressão.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA A LUZ DO CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT: A POBREZA COMO “MAL BANALIZADO”

Considerando o caminho percorrido até aqui, observou-se em certa medida – ainda que não á esgotar o tema – o funcionamento do sistema capitalista, especialmente no que tange a utilização do Direito como aparelho ideológico do Estado, atentando-se quanto ao sistema penal, responsável por políticas segregacionistas e meio para criminalização de classe.

Diante disso, é possível visualizar que todas as opressões sofridas pelas classes vulneráveis passam despercebidas aos olhos daqueles que estão em condições socioeconômicas afastadas da “margem” da sociedade. A partir dessa “cegueira” por parte da sociedade, ou dessa ausência da capacidade de reflexão e distanciamento da realidade (ASSY, 2001), as opressões e as políticas segregacionistas são potencializadas ao passo em que se tornam cada vez mais “normais e naturais”.

Assim, o Direito como um aparelho ideológico, desenvolveu suas legislações penais como forma de fortalecer tal ideologia, bastando analisar o Código Penal patrimonialista existente no Brasil. Nesse sentido, com base em textos legais é que essas opressões vão se tornando naturais, e

5 Por isso, é necessário frisar que tais ideias como as de “ressocialização, reeducação”, são mitos criados pela burguesia, os quais possuem a finalidade de inserir o proletariado e as classes desfavorecidas de capital na monotonia e mecanização do ritmo de trabalho na modernidade. Não há de se falar em “reeducação” para o convívio na sociedade, mas em adestramento e isolamento (BARATTA, 1999).

seus executores deixando de realizar qualquer reflexão ou questionamento sobre o encarceramento em massa da pobreza.

Os reflexos desse sistema penal é a existência de uma arbitrariedade punitiva que é racionalizável a partir de uma teoria pré-existente. Exemplo disso pode ser o regime nazista, que construiu seu direito aderindo a teorias conservadoras vigentes na época, que objetivavam neutralizar os infratores incorrigíveis pela via da pena retributiva perpétua ou de morte (ZAFFARONI, 2003).

Ao passo do desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, é válido dizer que a utilização de teorias já existentes a fim de embasar racionalmente as concepções de dominação de classe por meio do sistema penal é algo que aconteceu durante o nazismo e segue acontecendo na atualidade, porém de novas maneiras. Para compreender esse fator, importa analisar que o “homem criminoso” de Cesare Lombroso é constantemente “atualizado” para fins de sanar as necessidades da classe dominante, que segue utilizando-se de teorias extremamente conservadoras para justificar uma diversidade de práticas com fins de extermínio (GUIMARÃES, 2007).

Tal justificativa não é nada mais que uma ideologia que se sustenta no fato do Direito Penal ter como um dos seus objetivos privilegiar os interesses de classe, imunizando os detentores do poder e dirigindo o processo de criminalização as formas de desvio oriundas das classes subalternas e oprimidas (BARATTA, 1999). É diante do nascimento do totalitarismo penal, perceptível especificamente durante o regime nazista, que surge a problemática acerca da ideia do “inimigo” no direito penal, ou seja, aquele que não deve ser tratado bem, mas sim exterminado/isolado da sociedade. O homem criminoso de Cesare Lombroso, com o advento do capitalismo, resumiu-se no pobre ou naquele indesejado perante a lógica do sistema. Assim como na época tal conceito se desenvolveu com o objetivo de tratar o problema da criminalidade, as constantes atualizações também têm o mesmo objetivo, que nada mais é que a atribuição da criminalidade a determinado grupo. Com efeito:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *the nega sua condição humana*. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe a estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação de *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Conforme expostos ao tratar da banalidade do mal, verificou-se que o mal banal resultou no extermínio de judeus de maneira natural, e nesse sentido, traz-se a distinção que caracteriza determinadas pessoas como inimigas e outras como cidadãos e questiona-se se esses “inimigos”, não sofrem uma espécie de tratamento parecido com os inimigos do nazismo, especificamente por parte das instituições burocráticas que compõem o Estado. Vê-se uma ligação importante de ressaltar, que é a do inimigo no direito penal com o a ideia de mal, e busca-se por meio do sistema

penal como um todo identificar aqueles considerados maus.

Vale reafirmar que o mal não possui raízes, profundidade ou uma dimensão demoníaca, simplesmente é algo superficial enraizado na conduta social, muito bem exemplificado na figura de Adolf Eichmann, acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, entretanto possuía um comportamento “exemplar”, com uma personalidade desejável e com ideias positivas. É perceptível que Eichmann, apesar da condenação à morte, não se tratava de nenhum monstro, nem um insano, também não era nenhum antisemita. Tal fato da margem para dizer que a banalidade do mal faz referência à aparência de mal, como um fenômeno que nem sempre se mostra visível, pois nem sempre as pessoas vão revelar algo, no caso em apreço, por exemplo, a aparência serviu somente para ocultar (ARENDRT, 2017)⁶.

Adolf Eichmann teve amigos judeus, exerceu outras profissões antes do nazismo, tinha amigos, família e todos os traços que o demonstravam como um homem “comum”, como muitos, sem grandes aspirações, bem como sem um ódio específico ou motivado. Assim como tivemos muitos Eichmanns no nazismo, não é diferente nos dias atuais, onde percebemos que um grande número de pessoas que se afastam da realidade para cumprir ordens e assinar papéis, que resultam em opressões de forma institucionalizada.

É importante ressaltar que Adolf Eichmann prestou seus serviços a uma sociedade totalitária. O totalitarismo foi uma proposta de governabilidade e organização de sociedade inédita que buscou a dominação total por meio do emprego do terror para que o medo estivesse presente em toda a parte, tendo o campo de concentração com o paradigma organizacional (LAFER, 1988). O acusado não era nenhuma exceção dentro do regime nazista, muito pelo contrário, havia muitos como ele, capazes de perpetrar tamanhos males de maneira consciente, sem realizar os diálogos consigo mesmo, isto é, refletir sobre os acontecimentos, fator que poderia proporcionar o impedimento quanto a realização de tais feitos. A banalidade de Adolf Eichmann aduz uma incapacidade de pensar de maneira crítica. Ele utilizava-se de frases clichês e códigos de expressão de condutas padronizadas, as quais tinham como função, talvez, protegê-lo da realidade e do pensamento em relação aos fatos (ARENDRT, 2000)⁷.

6 Hannah Arendt foi até a Jerusalém, com o objetivo de acompanhar para o jornal *The New Yorker*, o julgamento de Adolf Eichmann, o qual foi acusado de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Adolf Eichmann foi capturado no dia 24 de maio de 1960, na Argentina e seu julgamento iniciou no dia 15 de abril de 1961 (ASSY, 2001). Os aspectos que levaram Hannah Arendt a cobrir o julgamento foram três: saber sobre a mentalidade totalitária do acusado, a possibilidade de avaliação dos aspectos jurídicos existentes na possibilidade de caracterização de um novo tipo de crime, bem como de criminoso e por fim, a capacidade das instituições “legais”, como no caso, o nazismo. Tudo isso com o fim de entender a natureza do mal (ASSY, 2001). A mentalidade totalitária despertou curiosidade tendo em vista a ideologia do regime, com aspectos extremamente fascistas, capazes de tomar proporções inimagináveis, quanto à existência de um novo crime e criminoso, e em razão das possíveis inovações no cenário mundial e no Direito Internacional relativa aos fatos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, como por exemplo o genocídio ocorrido durante esse período. E, por fim, e o talvez o mais surpreendente, é o fato de que todas as atrocidades que aconteceram foram por meio da legalidade emanada pelas instituições componentes do Estado nazista.

7 Para Assy (2001) relativamente ao mal banal, nota-se que quanto mais superficial alguém for ou, vier a se tornar, mais propício que essa pessoa ceda ao mal. Adolf Eichmann, por exemplo, não tinha nenhuma profundidade que despertasse o mal nele, mas havia um abismo, uma manifestação de mal que não se enraizava em nenhum motivo. Nesse sentido, “o traço realmente fascinante da banalidade do mal, que envolve substancialmente a “banalidade” e a “ausência de raízes” do mal, era que, ao procurar através de Eichmann alguma profundidade que trouxesse à tona o mal, que alcançasse suas raízes, Arendt se deparou com um abismo, uma manifestação do mal que não se enraizava em nenhum motivo mau, como se o mal se espalhasse como fungo, superficial, rápido e não engendrado em nada. Esta era a “banalidade”, a banalidade de Eichmann, a banalidade do mal. A ênfase crucial na ausência na ausência

Tal fator, também, ocorre por meio da lógica do encarceramento em massa da pobreza no capitalismo. Conforme visto, observou-se os discursos do medo, da impunidade e do punitivismo como formas de incitar o clamor popular quanto as punições, que recaem sobre os marginalizados, verificando que o emprego do terror no capitalismo continua presente do mesmo modo como esteve no século passado, durante o nazismo.

Uma sociedade totalitária fundamenta-se na crença de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou pensam, podem ser condicionados a inimigos objetivos, tornando-se supérfluos para tal regime. Essa descartabilidade dos seres humanos contraria a ideia do valor da pessoa humana como fonte da legitimidade no âmbito jurídico, ou seja, atrocidades como o holocausto encontram-se previstas legalmente (LAFER, 1988). Essa descartabilidade também é vista nos dias de hoje, basta analisar a atuação das polícias nas favelas, e as condições precárias nos presídios, que deixam de lado a valorização da vida e atentam-se ao extermínio. O preso, ao ser condicionado a inimigo, não merece ter uma vida digna. Os moradores das favelas, em razão de residirem em um local marginalizado, também não merecem ser portadores de direitos.

Atualmente, apesar de não vivermos em regimes totalitários, caso do Brasil e da maioria dos países, é possível dizer que o direito, mais especificamente o sistema penal, traz consigo traços de uma irrealidade, na medida em que atua como um aparelho ideológico a serviço do modo de produção capitalista, sem analisar as causas da criminalidade ou formas de combatê-la, somente deslocando o foco do direito penal para o autor, normatizando princípios positivistas (ANDRADE, 1997). Essa irrealidade coloca o indivíduo como responsável pelo seu destino e afasta as condições socioeconômicas pré-estabelecidas, a ao fazer isso, encarcera-os e criminaliza-os utilizando-se de chavões jurídicos que justificam as medidas tomadas pelo Estado. Têm-se instituições responsáveis pela aplicação do Direito Penal como instituições regidas por engrenagens servindo os interesses da classe dominante.

Outra característica que possibilita visualizar o distanciamento da realidade encontra-se na falsa ideia de ressocialização, pois esta não ocorre. A única “ressocialização” é a tentativa de transformar o indivíduo delinquentes em alguém útil ao modo de produção capitalista. Há de ressaltar que essa tentativa é pela via do isolamento e da segregação, pois se tratam de pessoas desfavorecidas de capital, pertencentes as classes mais vulneráveis da sociedade (BARATTA, 1999). A ressocialização transforma-se em uma mera desculpa para amenizar a realidade do cárcere, até porque é visível que é mais provável que o indivíduo, o qual tem sua liberdade suprimida, adentre ainda mais no mundo da criminalidade do que saia dela e deixe de praticar crimes.

Com efeito, a prisão então se torna o principal instrumento da “política habitacional” do Estado para os “inúteis” dessa economia. Destarte implica a vinculação do sistema penal com a ideologia do sistema produtivo de cada momento histórico, que, impulsionada pelo capitalismo, responsável pela criminalização generalizada da pobreza, implica em um enrijecimento das penas privativas de liberdade e conseqüentemente o aumento da população carcerária a partir da década

de raízes de raízes da banalidade, ou seja, na ideia de que o mal não é radical, no sentido latino do termo *radix*, está intrinsecamente imbricada à afirmação de que apenas o pensamento é capaz de atingir profundidade” (ASSY, 2001, p. 145).

de 1980 (WACQUANT, 2003).

Os reflexos do crescimento da desigualdade social é a criação de mais indivíduos “inúteis” ao capitalismo, fazendo com que esse aumento seja a consequência natural com o decurso do tempo. Essa “política habitacional” do Estado capitalista está dando tão certo para a burguesia como os campos de concentração deram para os nazistas. De acordo com Assy (2001) a banalidade do mal, institui uma “necessidade”, que é construída através de um sistema que possibilita que cada um seja tolerante, indulgente por meio da sua função exercida nesse sistema. Assim implica a perda da identidade pessoal ao ponto de capacitar a possibilidade de reivindicação dos seus atos. Como refere Arendt (2017) Eichmann, por exemplo, tinha respaldo legal quanto as suas condutas, protegido pela argumentação de que cumpria ordens, e, conseqüentemente obedecia às leis vigentes no Terceiro Reich. Havia uma necessidade de cumprir seus deveres, independentemente da consequência que eles pudessem trazer.

Nesse viés, destaca-se a questão da existência de uma “ética da impotência”⁸, isto é, uma ética que não objetiva demandar o que fazer, mas sim em “não pensar/parar de pensar” (ASSY, 2015). Essa ética permearia muitos sujeitos submissos ao Terceiro Reich, tornando-os o que foi denominado de “engrenagens”, capacitando a descaracterização do sujeito como indivíduo. Essa ética da impotência se assemelha com a ideia de omissão, não se omitir em agir, mas omitir-se em pensar sobre a ação, ao passo que aconteceu uma série de crimes cometidos pelos nazistas da maneira mais natural possível.

Para compreender os tempos sombrios em que houve épocas que “todo ato moral era ilegal e todo ato legal era criminoso” (ARENDRT, 2004), seria impossível de conceber uma teoria que não previsse “o mal pelo mal”, impossibilitando, desse modo, uma concepção que somente presumisse que todos os seres racionais seriam capazes de distinguir o bem do mal, sem a característica fundamental, qual seja a inerência do dele (SOUKI, 1998).

É nesse sentido que se adentra na questão da criminalização da pobreza como uma externalidade oriunda do sistema, uma vez que os males cometidos contra a pobreza (criminalização, segregação, dentre outros) tornaram-se banais, naturalizados, sem raízes, pois não há um “ódio” racional em desfavor do pobre, o que há são condutas dotadas de legalidade (encarcerar a pobreza em massa), ou ilegalidade (cometimento de crimes) que capacitam o Estado capitalista a agir de tal forma.

Considerando tal exposição, é importante demonstrar a possibilidade de definir a atual forma de aplicação do direito penal, especialmente quanto aos seus operadores sob a ótica dessa

8 Quanto a essa ética, vale destacá-la, pois no momento que o indivíduo se omite em pensar nas consequências de determinadas ações, ou na própria ação em si, não significa que ele não agirá, este foi o caso de Adolf Eichmann, alguém que se omitiu quanto a faculdade de pensar, pois na condição de engrenagem, suas ações estavam pré-estabelecidas e auto justificadas. Conforme Arendt (2004) facilita essa omissão quando se fala em burocratização das ações e decisões dos seres humanos. Nessa ótica, constatou-se que o mal não pode ser reduzido a simples perversão humana, pecado do ser humano, ou na malignidade, mas sim em tornar evidente que os seres humanos, na condição de indivíduos (engrenagens), dotados de raciocínio, são capazes de praticar ações incompreensíveis e inimagináveis (causar destruição e morte em massa) sem qualquer motivação maligna. Ainda, segundo a autora, é possível explicar isso visualizando o processo de naturalização da sociedade, que tornou artificial a natureza humana, ocorrido com a “tecnicidade” das decisões e das organizações humanas na contemporaneidade por meio da burocratização e da instrumentalização (ARENDRT, 2017).

“necessidade” acima exposta, a qual é causadora de um endeusamento no que tange a aplicação da lei penal, tendo ela como a responsável por resolver todos os problemas do sistema. O sistema penal moldou-se perfeitamente ao sistema capitalista, e seus operadores aplicam perfeitamente o direito penal burguês, criminalizando e encarcerando as classes desfavorecidas de poder econômico sob o respaldo da legalidade (ANDRADE, 1997).

Atualmente também há o respaldo legal para determinadas ações, conforme ocorreu durante o nazismo, e, que constantemente esteve presente na argumentação de Eichmann. No capitalismo talvez ainda mais forte, até porque argumenta-se que o encarceramento ocorre em razão da prática do crime, mas a questão a ser debatida nesse sentido, não é o crime ou o criminoso em si, mas as condições que norteiam a criminalidade. Evidentemente ao fim e ao cabo, as prisões se dão por conta do cometimento do crime, mas a raiz do problema não está aí, e, sim, no tipo de criminalidade que é escolhida para ser punida.

No nazismo a argumentação de que o holocausto ocorreu com base na lei vigente talvez fosse até mesmo mais difícil, pois tais leis basearam-se apenas em questões étnico-raciais e na ideologia fascista por si só, corroborada pelo antissemitismo que aflorava na Europa. Não havia a justificativa do crime conforme há no “capitalismo penal”. Conforme Lafer (1988) a violência passa a ter caráter instrumental e atualmente, o seu alcance multiplica-se por meio de técnicas para a sua melhor utilização conforme a necessidade daqueles que tem os meios para operar através dela, ou seja, a violência se torna um meio do Estado combater a pobreza.

Assim constata-se que há duas formas de violência, aquela oriunda do Estado, com o objetivo de oprimir determinado grupo ou classe, e a violência contra o Estado, que é resultado das desigualdades, isto é, a segunda violência é reflexo da primeira, como uma forma de resistência, o que torna o criminoso uma vítima em potencial das violências do capitalismo.

Desse modo, reivindica-se da capacidade de distinguir valores, e conseqüentemente refletir sobre as conseqüências de determinadas ações, permitindo que a irrealidade permeie o plano do pensamento, e facilitando ações pautadas pela dita necessidade, adestrando totalmente os indivíduos (ASSY, 2001). Isso resulta em uma onda punitivista em virtude da ausência do pensamento. Havendo não apenas operadores do Direito, por meio da lei, encarcerando em massa a pobreza, mas parcela da sociedade, desvinculada do mundo jurídico aderindo a discursos de ódio, responsabilizando-se por potencializar as opressões.

Assim perpetra-se o mal sem nenhuma base racional, tornando-se banal justamente por estar presente em qualquer um, sem qualquer distinção, e, sempre buscando servir a interesses nada democráticos (ASSY, 2001). Visto a presença dessa banalidade do mal com base em observações quanto ao regime nazista no que tange aos crimes contra o povo judeu e a humanidade em geral, questiona-se a presença desta abordagem quando se trata da segregação em massa da população pobre, seja pela via do sistema penal (encarceramento), seja pela existência de periferias e guetos.

Nesse sentido, visualiza-se uma série de modalidades partidas do Estado a fim de punir e controlar os cidadãos considerados indesejáveis fora do cárcere. Nesse sentido, a prisão não é apenas uma instituição ou um prédio com objetivo de corrigir e castigar, ela tornou-se uma política

de defesa da sociedade contra aqueles que ela não suporta (FOUCAULT, 1999). A contenção da liberdade, inclusive por meio das favelas, tratando-se do Brasil, deixa visível os ideais totalitários por trás do capitalismo, bem como as políticas racistas e classistas que vigoram, sem que haja manifestações contrárias capazes de impedi-las.

Apesar das favelas não serem necessariamente administradas pelo Estado, há a constante presença da polícia e das forças armadas, exemplo a ser citado são as intervenções ocorridas no Rio de Janeiro, que demonstra que essa autonomia da população não é tanta assim. O Estado só entra na favela como inimigo, jamais como “amigo”, isto é, entra com o objetivo de cessar a criminalidade, ocorre que para os olhos do próprio Estado capitalista, o morador da favela representa o criminoso em sua totalidade.

Nesse sentido, relacionam-se a banalidade do mal em Arendt, com o movimento atual de criminalização da pobreza e as violações de direitos sofridas pelos extratos sociais mais pobres, ocorridas de forma banal e naturalizadas como uma prática (política) de Estado, sem que haja muitas problematizações ou reflexões por aqueles que são responsáveis por elas, até porque o revestimento da legalidade ocorre no capitalismo da mesma forma que ocorreu no nazismo. Assim o mal banal encontra-se presente nas instituições burocráticas do capitalismo e nos servidores destas, os quais geram a desigualdade de forma banal, e a combatem com violência de forma naturalizada, evidenciando-se a criminalização da pobreza, e, na sua esteira o grande encarceramento – de determinados indivíduos – como uma forma contemporânea de banalidade do mal.

CONCLUSÃO

Por meio das implicações expostas durante o desenvolvimento do trabalho, constatou-se um sistema penal adequado ao capitalismo, com objetivos voltados a segregar e excluir indivíduos indesejados, tratando-os como “inimigo” a fim de legitimar as práticas de opressão. Nessa ótica, esta pesquisa buscou demonstrar os mecanismos e os discursos utilizados que operam permitindo que a sociedade desvie o olhar da realidade quanto à ideologia excludente.

A análise feita ao referido sistema penal tornou possível observar as práticas de opressão por parte do Estado de forma banal quanto à pobreza, especificamente relativo a forma de tratamento aos indivíduos na condição de pobre, de forma direta e indireta. Ainda, fica claro o respaldo institucional, elemento essencial para estabilizar a lógica estabelecida.

No primeiro capítulo houve esforço em demonstrar o sistema penal e o encarceramento em massa como paradigmas do modelo de economia capitalista, fazendo apontamentos históricos quanto ao desenvolvimento do direito penal, para posteriormente abordar a atualidade. Inicialmente visualizou os três discursos legitimadores do encarceramento em massa das populações vulneráveis, quais sejam o punitivismo, o medo e a impunidade, responsáveis por causar à sociedade satisfação e desejo no que tange as práticas de punição ideológicas.

Visto tais discursos, observou o encarceramento como modelo excludente da sociedade

na medida em que destina suas locações especificamente para aqueles indivíduos pertencentes as classes sociais mais pobres, com o objetivo de retirar eles do meio da sociedade, desconsiderando-os como parte desta, retirando seu caráter de humanidade e criando um estereótipo de criminoso para racionalizar a falsa ideia de justiça social vigente no capitalismo.

O sistema penal, por meio do Direito Penal e posteriormente pelas instituições prisionais se mostraram essenciais ao capitalismo como meios de repressão de determinados grupos. Nesse sentido, ressalta-se que tal apontamento não passou a ocorrer no século XXI, mas perdura por séculos como elemento neutralizador, à serviço das elites, com a mesma lógica e quase as mesmas características.

Desse modo vislumbra os discursos do medo, da impunidade e do punitivismo, como práticas necessárias para o mantimento do *status quo*. Assim, tem-se o capitalismo como responsável por gerar a desigualdade social e violar aqueles desfavorecidos com tal desigualdade por meio do encarceramento em massa da pobreza.

Passando para o segundo capítulo, constatamos o conceito de Banalidade do Mal e a naturalização do mal demonstrada, um mal sem raízes e capaz de estar presentes em todos os seres humanos, dando margem para acontecer os diversos crimes contra a humanidade, como aqueles perpetrados pelos nazistas. Verificou-se fatores como o distanciamento da realidade, a necessidade quanto ao cumprimento de ordens, bem como uma incapacidade de reflexão diante dos fatos.

Esse cumprimento de ordens de maneira “cega”, onde a Lei transcende os limites semânticos e é “endeusada”, proporcionando a banalidade em toda ação de opressão em desfavor de determinados indivíduos, uma vez que tais ações estão legitimadas. Além disso, parte da população, a qual não está na condição de vulnerabilidade socioeconômica, nem fazem parte das instituições de repressão/opressão, acabam por se omitir e deixam de enxergar as constantes violações e a luta de classes.

Nesse sentido, se busca trazer a filosofia de Hannah Arendt para os dias atuais, onde o capitalismo instaurou-se como ideologia dominante e proporciona horrores não tão diferentes daqueles que a sociedade nazista mostrou ao mundo. Exemplo pode ser a banalização das práticas de opressão do Estado em desfavor das pessoas em situação socioeconômica vulnerável no sentido de sempre criminalizá-las, para posteriormente segregá-las ou eliminá-las, como ocorreu especialmente com os judeus.

A banalidade do mal serviu como “justificativa” para a naturalização das práticas opressoras e banalização do mal, utilizando-a, como filosofia capaz de ser aplicada não apenas no nazismo, mas também no capitalismo. O mal banal, tendo em vista sua ausência de raízes, sempre esteve presente, e não é diferente neste século, onde é “disseminado” por meio das instituições criadas pelo capitalismo para incorporarem à democracia burguesa.

Assim, conclui-se que há uma ligação evidente entre o modo de produção capitalista e o engendramento do sistema penal, em especial no Brasil, como uma máquina punitiva, encarceradora e segregadora, que atua privilegiadamente sobre as camadas mais pobres da população. Dessa forma, o sistema penal serve ao sistema do capital e garantido por um forte discurso de medo e

impunidade atua de maneira indiscriminada contra os indesejados pelo sistema político, social e econômico, gerando o que se denomina de encarceramento em massa através da criminalização da pobreza. Tal situação, se mostra como uma manifestação na atualidade da banalidade do mal cunhada por Hannah Arendt, pois a punição quase que exclusiva dos mais pobres se mostra naturalizada como uma mera necessidade de limpeza social e contenção da violência – dos pobres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A cultura do controle penal na contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 98, p. 385-411, out. 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASSY, Bethania. Eichmann, banalidade do mal e pensamento em Hannah Arendt. *In*: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.), **Hannah Arendt**: Diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

ASSY, Bethania. **Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro, 1999.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BIRMAN, JOEL. O pai como lei e a lei como pai. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Seminário depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BOSCHI, Marcus Vinicius. Direito criminal e alteridade: um ensaio. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p.49-58, jan./mar., 2010

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Dispositivos legais desencarceradores. *In*: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Seminário depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, Karl. **O Capital – Livro I**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SOUKI, Nádia. **Hannah Arendt e a banalidade do mal**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal: Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo, 1999.

Como citar: WITSCHORECK, Pedro Victor dos Santos; HOFFMAM, Fernando. A criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 70-90, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 70. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 07/05/2020

Aprovado em: 04/07/2021

QUANDO O DIREITO À SAÚDE CHEGA NA DOENÇA DE ALZHEIMER

WHEN THE RIGHT TO HEALTH REACHES THE ALZHEIMER'S DISEASE

Elisângela Maia Pessoa*
Mário Augusto Silva Araújo **

Como citar: PESSÔA, Elisângela Maia; ARAÚJO, Mário Augusto Silva. Quando o direito à saúde chega na doença de alzheimer. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 91-108, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.91. ISSN: 1980-511X

Resumo: Considerando o aumento dos índices da Doença de Alzheimer a nível mundial, emergiu o desejo de suscitar reflexões quanto ao atendimento público, em saúde, ofertado as famílias e pessoas que convivem com DA. Rela-se o dilema vivido pelas famílias que necessitam de atendimento público especializado para DA, em suas mais diversas peculiaridades e particularidades. Apontam-se relatos oriundos de resultado de pesquisa qualitativa, com reflexões complementadas via levantamento bibliográfico e legislativo. Fica nítida a responsabilização familiar, em detrimento a um Estado que deveria estar garantindo as mínimas condições de qualidade de vida, tanto para com as pessoas que convivem, quanto para os/as acometidos/as pela doença. As famílias vivem em constante angústia e desesperança, o que se acirra tanto pela falta de compreensão da doença em sua totalidade, quanto pela ocorrência de períodos de crise de seus familiares, uma vez que não tem sido possibilitados serviços especializados – mesmo nos Centros de Atenção Psicossocial em Saúde Mental – que um paciente com DA requer. Assim, deve a rede de atendimento do Sistema Único de Saúde se adequar à realidade que o impacto da causa – para além da culpabilização das famílias –, tendo em vista que aquela assistência é própria da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Doença de Alzheimer. Direito à Saúde. Política Pública.

Abstract: Considering the increase in Alzheimer's disease rates worldwide, the desire to raise reflections on public health care emerged, offering families and people living with DA. Report the dilemma experienced by families that need specialized public care for DA, in its most diverse peculiarities and particularities. Reports from qualitative research results are pointed out, with reflections complemented by bibliographic and legislative

*Doutora em Serviço Social (PUCRS) Pós-doutora em Antropologia (UFPB). Professora da Universidade Federal do Pampa - Serviço Social Campus São Borja. E-mail: elisangelapessoa@unipampa.edu.br

**Mestre em Constituição e Garantia de Direitos (UFRN). Membro Fundador Instituto de Direito Administrativo Seabra - IDASF. E-mail: marioaugustoaraujo@yahoo.com.br

surveys. Family accountability is clear, to the detriment of a state that should be guaranteeing the minimum conditions of quality of life, both for the people who live with it and for those affected by the disease. Families live in constant anguish and hopelessness, which is aggravated both by the lack of understanding of the disease in its entirety, and by the occurrence of periods of crisis for their family members, since specialized services have not been made possible - even in Health Centers. Psychosocial Care in Mental Health - that a patient with DA requires. Thus, the care network of the Unified Health System must adapt to the reality that the impact of DA causes - in addition to blaming families -, considering that that assistance is proper to the dignity of the human person.

Keywords: Alzheimer's Disease. Right to Health. Public Policy.

INTRODUÇÃO

Ao se ponderar questões quanto ao direito ao atendimento público de pessoas diagnosticadas com a Doença de Alzheimer, há que se fazer menção as diretrizes constitucionais em relação à administração pública promover o direito à saúde. Desta forma, deve ser explicitado o fato de que existe uma relação de caráter obrigacional e, portanto, prestativo, que envolve planejamento administrativo, orçamentário e financeiro, mediante o uso de ferramentas aptas a melhorarem as condições de vida, que objetivem harmonizar e equilibrar situações sociais desiguais.

Gotti (2012, p. 40-41) entende que os direitos prestacionais são, “por conseguinte, sobretudo, direcionados ao Estado, para quem surge, na maioria das vezes, deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”. Destaca-se que a saúde possui proposta conceitual encampada pela Organização Mundial de Saúde – OMS como um estado geral que abrange, bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença, o que resulta no entendimento de que o atendimento público aos sujeitos deve levar em consideração à ótica do seu aspecto biopsicossocial.

O aspecto biopsicossocial deve ser entendido a partir da interação entre o componente clínico, biológico e o meio em que se vive, porque a soma dessas interações resulta na construção de individualidade que pode moldar o caráter subjetivo de cada ser, o que certamente, deveria ser levado em consideração no âmbito da delimitação de diagnósticos clínicos enquanto uma estratégia de abordagem e tratamento. Destaca-se que o direito à saúde, além do que é prescrito pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), possui um arcabouço normativo específico: a Lei 8.080/1990¹, também conhecida como Lei do Sistema Único de Saúde, que em seu art. 2º especifica que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

O direito à saúde se classifica como direito social, ou seja, aquele em que o Estado deve agir para proporcionar a valoração da dignidade de vida do sujeito. Nesse sentido, um dos princípios basilares é a integralidade da assistência ao/a cidadão/a, que deve ser compreendida como uma atividade articulada e permanente na perspectiva preventiva e curativa, no âmbito individual e coletivo² e que objetiva aperfeiçoar, por meio da descentralização das atividades institucionais do Estado as mais diversas demandas.

Dentre o universo de doenças que exigem cuidados intensos, e portanto, deveriam receber total respaldo de atendimento público, encontra-se a Doença de Alzheimer, constituindo-se como doença neurológica, degenerativa e lenta. Em geral, a patologia leva o indivíduo a ter problemas com o desempenho da memória e das suas funções cognitivas. Dada situação leva a pessoa acometida pela DA a perda da autonomia, tornando-a dependente de outras pessoas (SANTOS;

1 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

2 É a previsão do art. 7º, inciso II da Lei do SUS, que “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] II – integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL, 1990, s.p.).

BORGES, 2015).

É fato que a Doença de Alzheimer, requer uma diversidade de cuidados integrais que ultrapassam questões clínicas. Índices mundiais, estimaram, o fato de que em “2010, 35,6 milhões de pessoas em todo o mundo irão viver com demência. Prevê-se que este número quase duplique a cada 20 anos, atingindo os 65,7 milhões em 2030 e os 115,4 milhões em 2050” (PRINCE; JACKSON, 2009, p. 7). Já no Brasil, esse índice, conforme a Associação Brasileira de Alzheimer – ABRAZ), representava em torno de 1 milhão de casos em 2010, podendo chegar a 1,6 milhões em 2020. É fato que os dados – índices da doença – podem estar fragilizados, pois muitos pacientes, por exemplo, acabam sendo cadastrados em Hospitais, Clínicas, Estratégias de Saúde da Família entre outras instituições, por desdobramentos ou patologias decorrentes da DA. Nesse sentido, o diagnóstico inicial não fica registrado como tal, o que implica em diminuída divulgação de seus impactos em termos de saúde pública (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALZHEIMER, 2018).

Identificar como está organizada a rede em saúde e os atendimentos públicos que deveriam ser prestados aos que convivem com a DA torna-se primordial, porque esta doença é uma das que mais afeta a população que envelhece. No Brasil, assim como na maioria dos países, nas últimas décadas, vivencia-se um considerável aumento da expectativa de vida. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a expectativa de vida de uma pessoa nascida em 2019, em média, está em 76,6 anos. Isso representa um aumento de três meses em relação a 2018 (76,3 anos). A expectativa de vida dos homens passou de 72,8 para 73,1 anos e a das mulheres foi de 79,9 para 80,1 anos (IBGE, 2020). Destaca-se que o aumento da expectativa de vida brasileira, não deveria indicar situação problema, visto que vários condicionantes – descoberta de vacinas, diminuição da natalidade e acesso a bens e serviços –, felizmente tem prolongado a vida humana, porém fato preocupante reside, na possibilidade do Estado não ofertar atendimento público ao referido contingente de pessoas idosas.

Há indícios, a partir de contato com profissionais da saúde e famílias que convivem com a doença, de que não há disponível atendimento público especializado que acolha efetivamente as demandas que giram em torno da DA. Tal situação agrava-se principalmente quando os/as acometidos/as passam por crises comportamentais que levam a agressões físicas e verbais, sexualidade exacerbada, perambular por ruas e cidades, alucinações, (in) reconhecimento de si próprios/as, dentre outras consequências. Diante dessas situações, a família não conta com uma instituição de atendimento pública que responsabilize-se por intervenções, nem mesmo os órgãos de segurança pública como Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros, ou órgãos de atendimento a questões de emergência em saúde como SAMU, pois os mesmos colocam-se como (in) capacitados, para atender as famílias que se encontram em situação de emergência diante das consequências da DA. Os próprios Centros de Atenção Psicossocial em Saúde Mental não estão atendendo idosos/as ou demais pessoas com a Doença de Alzheimer por entenderem que não se trata de doença mental, deixando a família, muitas vezes sem preparação, a mercê de um cuidado autodidata que nem sempre é condizente com as necessidades do/a familiar.

Didaticamente o presente artigo está dividido em dois itens, onde no primeiro se abordam questões constitucionais sobre o direito a saúde e conseqüentemente ao atendimento público das pessoas acometidas pela Doença de Alzheimer, a partir da experiência jurídica e do estudo de

políticas públicas já realizados pelo autor, em análises de fontes documentais e bibliográficas.

Já no segundo item apresenta-se um recorte de resultado oriundo de pesquisa de pós-doutorado realizada pela autora, que versou sobre a gestão da doença de Alzheimer, a partir da perspectiva das famílias que convivem com um familiar com DA. A pesquisa realizada em 2018/2019 foi do tipo qualitativa, compreendeu entrevistas com treze famílias ligadas a Associação Brasileira de Alzheimer – ABRAZ de três regiões do país (Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Sul). Foi aplicada entrevista com roteiro aberto, após assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Quanto à análise dos dados foi realizada via análise de conteúdo à luz do método dialético crítico, enquanto suporte primordial para leitura crítica da realidade nas suas mais variadas expressões, tendo como categorias do método a historicidade, contradição e totalidade. As famílias foram identificadas como Família A, Família B e assim sucessivamente. Todos os parâmetros éticos que envolvem pesquisadas com seres humanos foram respeitados, mediante parecer de Comitê de Ética em Pesquisa.

Nesse recorte situacional, apresenta-se a partir da fala dos/as entrevistados/as o cotidiano de atendimento ao familiar com a Doença de Alzheimer onde fica nítida a responsabilização familiar do atendimento em detrimento a um Estado que deveria estar garantindo as mínimas condições de qualidade de vida para a pessoa que convive com a DA.

1 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DO CUSTEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO SAÚDE E O ENFRENTAMENTO DA DOENÇA DE ALZHEIMER

Quando se pensa no processo de planejamento de políticas públicas primeiro deve ser delimitado o aspecto do público-alvo, que é a amplitude institucional/administrativa, e segundo a forma de estruturação orçamentária e financeira, o que possibilitará o custeio das atividades voltadas para atender a demanda da sociedade. A dimensão orçamentária da despesa pública é a perspectiva autorizativa (permite) e alocativa (destina) do gasto que se pretende realizar porque o orçamento público – em que pese se bifurcar em um viés tridimensional através do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual –, possui compreensão operacional nesta última, em que se observa a destinação concreta dos recursos públicos.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é o permissivo legal onde há o limite de atuação administrativa do/a gestor/a público para encampar as estratégias de enfrentamento estabelecidas pelo seu plano de governo. Como o orçamento é expresso através de Lei, é necessário destacar que se trata de decisão política em que se identificam prioridades para alocação de recursos públicos. Sobre o custeio do direito à saúde, a Constituição Federal de (BRASIL, 1988) determina um investimento mínimo compulsório, que também deve ser entendido como indexação mínima orçamentária porque obriga todos os entes federados a destinarem parte da sua receita às atividades que possuem caráter naquele rol de serviços públicos.

Um referencial normativo que regulamenta a referida diretriz constitucional é a Lei Complementar Federal nº 141 de 2012, que determina especificamente o cálculo das despesas mínimas em saúde a serem realizadas pelos estados-membros. Este indicativo, proporciona

o entendimento de que o custeio mínimo de atividades que fomentam e desenvolvem serviços públicos em saúde é uma obrigação permanente do Estado, não passível, pois, de qualquer supressão (BRASIL, 2012).

A obrigação da administração pública em termos de investimento mínimo para a prestação de serviços públicos de saúde vai além do campo eminentemente formal tal qual disposto como “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Como vincula prioridades orçamentárias do gestor público, proporciona o entendimento de que o pleito pela descentralização dos serviços de saúde para atendimento específico possui legitimidade porque as escolhas constitucionais moldaram a formulação das normas jurídicas e, por via de sequência, o processo de planejamento das políticas públicas.

No que diz respeito ao custeio das políticas públicas correlatas à saúde a ideia de distribuição de recursos da União para os demais entes federados significa fomento à promoção da dignidade da pessoa humana porque o custeio de direitos é atividade-meio de algo para o alcance de um dos objetivos fundamentais da república: o desenvolvimento nacional. O financiamento das ações do Sistema Único de Saúde – SUS, portanto, é uma ferramenta importante para a promoção da redistribuição de recursos ao longo do território nacional, pois proporciona capacidade de resposta do poder público e constrói uma rede de atendimento apta a apresentar resultados mais eficazes.

Em termos de otimização do gasto público pautado no critério da descentralização administrativa, o Ministério da Saúde criou os Centros de Atendimento Psicossocial – CAPS através da Portaria GM 224/92, em que pese à época já existir uma experiência no Estado de São Paulo que começou em 1986, sendo seu objetivo voltado em um primeiro momento – posteriormente foram implantados CAPSad para Álcool e Outras Drogas, CAPSi para atendimento a Crianças e Adolescentes e CAPS III com atendimento 24 horas – ao enfrentamento das doenças mentais.

Os CAPS são unidades especializadas em saúde mental que objetivam tanto o tratamento como a reinserção do sujeito diagnosticado clinicamente com transtorno mental grave e persistente. Utiliza como ferramenta o atendimento interdisciplinar composto por uma equipe multiprofissional composta de médicos, assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e outros especialistas. Se constituem como um exemplo de estrutura física destinada à execução de política pública estruturante baseada na reforma psiquiátrica, onde se pretende enfrentar as dificuldades de quem é diagnosticado clinicamente com algum transtorno mental pautado no processo de reabilitação psicossocial. Ainda, se apresenta como um modelo substituto ao asilar, aquele em que os pacientes deveriam morar nos estabelecimentos, também conhecidos como manicômios.

O processo de estruturação do CAPS deve levar em consideração toda a população, por esse motivo, inclusive existe a rede específica de atendimento destinada às crianças e adolescentes, o que demonstra uma descentralização específica com base no contexto macro do processo de reforma psiquiátrica e da própria consolidação da Política Nacional de Saúde Mental (BRASIL, 2001). Contudo, em relação à estruturação do CAPS, não se vê, pelo menos em termos normativos, uma política pública direcionada de atendimento à pessoa idosa, e, especificamente quanto a Doença Alzheimer, o que torna-se preocupante, visto ser doença que provoca mudança na dinâmica

da família, a partir do momento que a doença imprime várias fases com diferentes complicações criando dificuldade para que as famílias dimensionem as modificações que ocorrerão em seu cotidiano.

Vale lembrar que em virtude da especificidade da doença e da demanda pelo atendimento próprio a uma equipe multidisciplinar, tanto para o/a acometido/a como para a sua família, o tratamento da doença de Alzheimer requer um estudo específico quanto ao seu custeio. No âmbito da adequação institucional do controle da Doença de Alzheimer, é incontroverso o fato de que se deve haver um planejamento específico por causa do aumento da expectativa de vida do brasileiro. Embora haja registros de caso de pessoas com a DA aos 40, 50 anos de idade, o chamado Alzheimer precoce, o público-alvo são pessoas com idade avançada.

Segundo o Ministério da Saúde Alzheimer é uma doença que deve ser conceituada com a seguinte perspectiva: “transtorno neurodegenerativo progressivo e fatal que se manifesta pela deterioração cognitiva e da memória, comprometimento progressivo das atividades de vida diária e uma variedade de sintomas neuropsiquiátricos e de alterações comportamentais” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, s.p.). Nesse sentido, resta o questionamento: Não seria o CAPS Saúde Mental, a instituição responsável por corroborar com um atendimento especializado a família e aos/as acometidos pela Doença de Alzheimer?

Ressalta-se que como é uma doença que possui repercussão na capacidade cognitiva e na memória do sujeito, toda a estrutura familiar é diretamente impactada nas suas relações sociais, assim como, os lapsos de memórias requerem da família maiores cuidados específicos no que diz respeito ao acompanhamento integral. Autores/as constataram que o ato do cuidado envolve, em média, dedicar-se mais da metade do dia a pessoa idosa com DA, em “pesquisa qualitativa com 14 familiares, dez cuidadores afirmaram que a carga horária diária era acima de 12 horas, e que alguns membros da família se sentem abatidos pela demanda nas 24 horas” (SILVA; PASSOS; BARRETO, 2012, p. 729).

Em virtude do impacto financeiro que a Doença de Alzheimer provoca na vida financeira da família já houve 02 (duas) tentativas legislativas, que tramitaram na Câmara dos Deputados, que pretendiam destinar 01 (um) salário-mínimo mensal ao acometido pela DA que comprovasse não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. Em que pese o arquivamento dessas propostas, tramitam, tanto na Câmara, como no Senado, projetos de lei que objetivam conceder isenção de imposto de renda para pacientes da Doença de Alzheimer em virtude do custo operacional do seu tratamento, o que demonstra a dimensão do problema que deve ser combatido pela administração pública no âmbito das políticas públicas correlatas à saúde. O embasamento destas últimas duas iniciativas legislativas leva em consideração o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a DA é entendida como uma doença grave apta a ensejar a isenção do imposto de renda.

Oportuno informar que conforme determina a Portaria nº 491/2010 do Ministério da Saúde³

3 Embora essa portaria trate do protocolo clínico e diretrizes terapêuticas – Doença de Alzheimer, ainda tratava-se de anexo da Portaria SAS/MS nº 375, de 10 de novembro de 2009, que aprova o roteiro a ser utilizado na elaboração de PCDT, no âmbito da Secretaria de Atenção à Saúde – SAS, vindo tornar-se protocolo desmembrado somente em 2013 (BRASIL, 2009).

dois fatores, além do desgaste do indivíduo e do seu núcleo familiar, caracterizam a complexidade e o custo elevado em relação à Doença de Alzheimer, cujo tratamento envolve a atuação de equipe multidisciplinar e a intervenção de substâncias farmacológicas: a) o diagnóstico por exclusão; e, b) o tratamento (BRASIL, 2010). Especificamente quanto ao Alzheimer, a preocupação governamental com o atendimento aos seus pacientes ainda é tímida, possui como principal referência o protocolo clínico e diretrizes terapêuticas balizados pela Portaria nº 1.298/2013, do Ministério da Saúde. A referida portaria considera a necessidade de diretrizes nacionais para diagnóstico, tratamento e acompanhamento dos indivíduos com esta doença. Apesar disso, essa portaria se apresenta de forma frágil sem grande abertura ao atendimento, deixando sob responsabilidade de cada gestor a oferta de serviços, pois somente mostra que:

Art. 2º É obrigatória a cientificação do paciente, ou do seu responsável legal, dos potenciais riscos e efeitos colaterais relacionados ao uso de medicamento preconizado para o tratamento da doença de Alzheimer (...) Art. 3º Os gestores estaduais e municipais do SUS, conforme a sua competência e pactuações, deverão estruturar a rede assistencial, definir os serviços referenciais e estabelecer os fluxos para o atendimento dos indivíduos com a doença em todas as etapas descritas no Anexo desta Portaria. (BRASIL, 2013).

Ressalta-se que o componente territorial das políticas públicas deve levar em consideração algumas variantes, tais como a natureza climática do espaço, densidade demográfica e enquadramento da faixa etária, inventário logístico quanto à existência de hospitais, capacidade de resposta da rede de atendimento e doenças típicas da localização geográfica e demais variantes, como, por exemplo, a expectativa de vida. Tais medidas são essenciais para que não se impeça a universalização do atendimento, um dos critérios basilares de atendimento da rede SUS via política pública.

Logo, é preciso que se faça uma análise sobre a operacionalidade de políticas públicas para pacientes com a Doença de Alzheimer, pesquisando a característica de seu atendimento o seu enfrentamento ideal. Por isso é de fundamental importância que se averigue a possibilidade do atendimento da rede pública de saúde à família e ao/a acometido/a pela Doença de Alzheimer, o que caracteriza a perspectiva empírica da pesquisa em tela. Independente do paradigma quanto à DA ser tratada no âmbito neurológico ou psiquiátrico, é fato que todos/as precisam de atendimento e se o CAPS Saúde Mental, não constitui a melhor instituição de atendimento público a pessoa com a Doença de Alzheimer, há que se prever órgão que se responsabilize por suporte ao/a acometido/a e sua família, pois o cotidiano de convívio com a doença não somente, ultrapassa as possibilidades econômicas familiares, mas todo um contexto que exige profissionais especializados e preparados para nuances e realidades impostas pela doença.

Diante da necessidade, de visibilidade do arcabouço de cuidados que se requer diante da DA o próximo item, a partir das entrevistas realizadas, traz à tona a difícil realidade de acesso e necessidades de atendimento público demandas no contexto de busca de dignidade a pessoa e a família que recebe o diagnóstico de DA.

2 ENTRE O DIREITO E A REALIDADE: A EXPERIÊNCIA DAS FAMÍLIAS QUE CONVIVEM COM A DOENÇA DE ALZHEIMER

O presente item traz à tona de forma especial depoimentos de 13 de famílias que convivem com uma pessoa com a Doença de Alzheimer⁴. As dificuldades vivenciadas pelas famílias e pessoas que convivem com a DA cumpre longo itinerário de dificuldades e angústias que perpassam: compreensão sobre o alcance e características da doença, descoberta e/ou diagnóstico, disputa por diferentes especialidades de profissionais da saúde, diversidade de necessidade de atendimento por diferentes áreas do conhecimento, culto à medicação, assim como falta de seu acesso e fragilidades de serviços da rede pública que atendam as demandas de convívio cotidiano com a doença.

Quanto à compreensão da doença, tem se tornado recorrente certos equívocos, necessitando diferenciar a concepção que se tem sobre demência e Alzheimer, já que, por vezes, são indicadas como sinônimos. A demência constitui “um grupo de sinais e sintomas, caracterizada por desenvolvimento de múltiplos déficits cognitivos (...) interferência nas atividades sociais e ocupacionais e declínio da memória” (SANTIAGO, 2018, p. 24). Assim, nem todo/a o/a idoso/a que tem demência necessariamente tem a Doença de Alzheimer. De forma geral a maioria das famílias relata as incertezas quanto ao diagnóstico, indicando que muitos médicos, hesitam e usam o termo “provável diagnóstico”, retardando uma posição concreta:

depois de uns três anos que ele estava lidando com ela, ele bateu o martelo e disse que realmente ela tinha todos os sintomas que se enquadram em Alzheimer [...] a partir dali então a gente começou a tratar ela como Alzheimer” (Família 5).

Até na própria capital, a gente tem uma dificuldade de diagnóstico dos médicos entenderem realmente o que é a doença de Alzheimer, porque é uma doença de exclusão, né, a gente tenta excluir qualquer outra causa para poder chegar na demência de Alzheimer, então não é tão fácil (Família 1).

Pode ainda, ocorrer tanto diagnósticos imprecisos quanto preconceituosos, como se o fato da presença da perda de memória fosse algo natural da velhice, a chamada “caduquice”: “então nem todo mundo está disposto a entender e nem todo mundo acha que é doença, então tem que estar sempre um junto com a vó” (Família 2). A naturalização quanto ao fato de que “velho é esquecido” ou “quem está envelhecendo esquece”, estimula situações que levam a diagnósticos tardios, ou em pior situação minimizam investimentos uma vez que pode criar o rótulo de que se trata de “doença de velhos”.

As sociedades constroem diferentes práticas e representações sobre a velhice, como por exemplo, a posição social dos/as velhos/as na comunidade e nas famílias e o tratamento que lhes deve ser dispensado em detrimento aos mais jovens. Temos países onde o/a idoso/a é venerado – a exemplo do Japão – assim como temos culturas onde o/a mesmo/a é considerado um fardo, por não ser mais considerado produtivo – muito comum em países chamados em desenvolvimento quanto estes adotam uma perspectiva liberal ou conservadora em termos de políticas de atendimento a

4 No total das famílias apenas uma tem um membro com Alzheimer com menos de 60 anos de idade.

pessoa idosa. Nessa perspectiva mercadológica há aqueles que podem indicar que investimento no tratamento de pessoas idosas pode ser desperdício, mesmo que sejam cuidados paliativos que visam proporcionar o mínimo de qualidade de vida:

[...] nesse meio tempo ela teve um acidente vascular isquêmico e ela foi internada e aí saiu lá do hospital sem falar mais e sem andar, eu disse “meu Deus, e aí como é que eu vou tratar? Mais uma vez, o médico me disse que não tinha como tratar, que chegava ali já não tinha mais jeito. Eu disse não, deve ter uma forma [...] (Família 1).

A partir da pesquisa realizada, se identificou algo preocupante quanto ao diagnóstico que reside na questão de que para um “provável diagnóstico” seriam necessários vários especialistas, consultas e exames – pouco acessíveis no sistema público. Esse cenário pode ser agravado, conforme aponta Tese de Doutorado de Feriani (2017), pelo fato de que a diversidade de sintomas tem levado a uma arena de disputa entre diferentes áreas da saúde principalmente entre psiquiatras, neurologistas e geriatras, onde cada área toma para si a centralidade do acompanhamento criando um jogo de empurra, constrangimento e até mesmo competição.

apesar de vocês dizerem que a especialidade não é o mais importante, gostaria de saber como cada especialidade pode contribuir para a compreensão da doença; como se dá o diálogo entre neurologia, psiquiatria e geriatria; se existe esse diálogo e como vocês o veem”. O psiquiatra foi o primeiro a tomar a fala: “quando tem mais alteração de comportamento, vai no psiquiatra; uma alteração mais cognitiva, motora, vai no neuro...” E a geriatra logo interrompeu: “e quando está tudo ‘estrupeado’, manda para o geriatra! (FERIANI, 2017, p. 75).

Embora o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) aponte a necessidade de o sistema público contar com o atendimento de um geriatra, são raras as unidades de saúde no Brasil que dispõem atendimento do referido profissional. Embora o SUS disponha de psiquiatras e neurologistas, é fato que são consultas limitadas que acarretam longa fila de espera, chegando a espera superar doze meses. “É toda uma dificuldade de conseguir médico, no posto ele está com um encaminhamento já vai fazer dois anos” (Família 5). Dessa forma, a falta de acesso a médicos/as torna-se uma constante, “tem um posto de saúde aqui do bairro da comunidade, mas para vir médico aqui a gente fica em cima da agente de saúde para poder estar mandando e mesmo assim acho que faz uns 3 anos que médica mesmo não vem” (Família 8). Destaca-se que a mesma diversidade de profissionais seria necessária para o tratamento complementar à medicação conforme relatam as famílias:

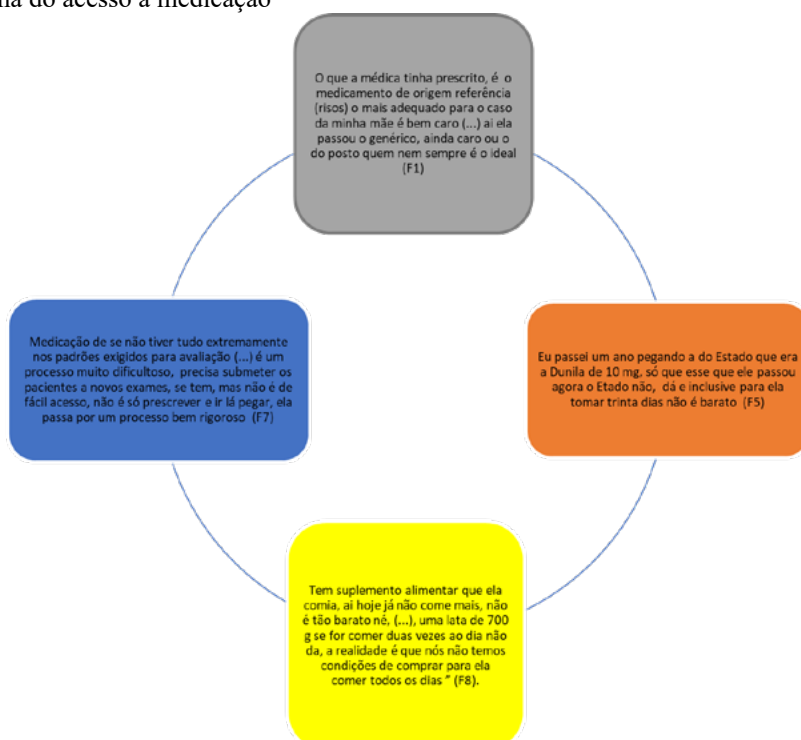
Você tem o médico, que vai ter que dar o nome para você do que que está acontecendo com o seu familiar em casa. Ao longo o médico vai sair de cena, o neurologista sai de cena, entra o geriatra e aí então vem a equipe. A equipe começa com o terapeuta ocupacional que ele vai trabalhar muito o doente [...] Eu posso chamar a nutrição, porque a pessoa não quer comer, não engole mais, não tem mais poder de saber que vai deglutir, então eu vou chamar a nutrição para ver que alimentação tem que mudar [...], começa aparecer o pé equino, que é chamado aquele pezinho de bailarina, aí entra o terapeuta ocupacional, ele tem que ter essa visão pra poder chamar nesse caso a fisio, tenho que chamar a enfermeira, para

que ele não venha fazer as famosas feridas [...]. Ai a pessoa começa enlouquecer, ai a gente entra com o psicólogo (Família 4).

Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2020), apenas 24,2 % dos/as brasileiros/as tem plano de saúde privado, assim a maioria das famílias brasileiras não dispõe de recursos ou planos privados que deem conta de proporcionar cuidados especializados, quando muito conseguem manter uma/um cuidadora/o formal com muitas dificuldades, ou ainda criam arranjos nem sempre adequados, “olha a senhora que cuida meu pai, não é cuidadora, ela é a empregada da casa, porque eu não tenho condições de pagar duas, porque eu trabalho e eu sou a única filha e ele vive comigo e aí essa cuidadora, ela cozinha, lava ela arruma a casa e ela cuida dele” (Família 6). As famílias, sem alternativa, acabam se tornando autodidatas em funções que deveriam ser desenvolvidas por profissionais habilitados em saúde ou ainda precarizam os cuidados tanto de cuidadores/as formais quanto cuidadores/as familiares.

Considerando a fragilidade de consultas adequadas em número suficiente com especialistas, acrescida da falta de acesso a uma equipe multiprofissional a família vê na medicação⁵ a amenização da sobrecarga de atividades como se fosse a solução, “depois do diagnóstico existe o tratamento medicamentoso e o não medicamentoso [...] muitos médicos colocam o medicamentoso e esquece o mais importante que é o não medicamentoso, que é o cuidado” (Família F1). Porém, conforme figura abaixo, infelizmente, fica evidente que o acesso à medicação é envolto por uma série de dificuldades que gira em torno de falta de medicação, burocratização, medicação inadequada ao perfil do/a doente etc.

Figura 1 – O dilema do acesso à medicação



Fonte: sistematizado pelos/as autores/as, 2020.

⁵ Para além da medicação trivial, as famílias ainda buscam apoio para concessão de fraldas geriátricas e suprimentos alimentares quando já se perdeu a função de deglutição.

Nesse sentido, fica evidente que nem todos/as conseguem acessar a medicação, “dez por cento das pessoas recebem o remédio, dez por cento da população, só dez por cento recebe o remédio” (Família 3), ou ainda a mesma nem sempre seria a primeira opção indicada pelo/a médico/a levando em conta que existe uma relação básica disponível junto as farmácias da rede pública. Contudo, considerando que ainda não existe cura para a Doença de Alzheimer, somente a medicação que ameniza sintomas não dá conta das necessidades de atendimento integral da saúde de quem convive com DA que ultrapassa aspectos físicos e abrange questões emocionais, sociais, econômicas e etc.

É uma pena, porque a medicamentoso a gente sabe, mas nos laboratórios, ninguém vai abrir a boca, os médicos né, de dizer que a parte medicamentosa ela funciona até na fase moderada, depois ela não funciona, como dizem que funciona, sabe?” (Família 1).

“Existe um mito da medicação milagrosa e da palavra final do médico, não se tem ideia da magnitude do cuidado” (Família 7).

Existe um consenso biomédico, também indicado pela Associação Brasileira de Alzheimer – ABRAZ, de que a doença é uma demência caracterizada geralmente em três fases, que progressivamente modifica o cotidiano da família e o sujeito acometido pela doença. A fase inicial ou leve se caracteriza pela perda de memória recente e dificuldades em exercer atividades diárias, porém ao evoluir a doença, as dificuldades do indivíduo ficam mais elevadas e evidentes, podendo caracterizar a fase moderada. Já na fase grave, observam-se complicações na fala, na noção de espaço e com o uso de objetos. Na medida em que a pessoa doente avança, em cada fase o medicamento pode ser usado para controle, entrando em cena a necessidade de profissionais diversos, como já apontado, mas, sobretudo a busca por uma rede de suporte, principalmente quando o familiar torna-se agressivo ou fora de controle. Nessas situações a família lamenta o fato de não ter um órgão que emergencialmente atenda a pessoa com DA:

se ele já está numa fase que você já sabe que é Alzheimer, tem que ser emergencial, pergunte se você tem numa emergência dessas, um local onde você leva a pessoa numa crise, num surto, por Alzheimer, você não tem. Você encontra filas e filas de ambulâncias paradas [...]. Tem que chegar brigando no hospital, em casa muita gente que não tem noção do que possa ser, tranca, amarra, isso são relatos que a gente encontra, você depende dos outros, depende do poder público (Família 4).

Entre uma entrevista e outra as famílias relatam que quando seus familiares entram em processo agressivo ou surto não tem a quem recorrer, pois quando se aciona os CAPS SaúdeMental o mesmo não visualiza o Alzheimer como sendo doença de seu atendimento – embora seja tratada por psiquiatras e leve a um sério comprometimento mental e cognitivo –. O mesmo ocorre com hospitais que tratam sintomas físicos em decorrência da doença o que não compreende crises de comportamento. Houve casos de solicitação de apoio policial que também não acolhe a demanda, pois entende-se que a pessoa age de forma involuntária movida por uma doença. Já equipes de

SAMU ou Corpo de Bombeiros indicam que realizam atendimentos quando sinais vitais estão comprometidos ou em situações onde exista necessidade de locomoção para a rede hospitalar. Confusas, sobrecarregas e sem atendimento as demandas, como acima identificadas, as famílias tentam buscar a institucionalização:

Eu tenho uma sensação de que a institucionalização ela acaba ocorrendo em função geralmente dessa falha da rede, porque geralmente a família não tem condições financeiras e não vai ter acesso a todos os profissionais que deveria ter, o que que seria ideal, ter uma enfermeira que fizesse todas as orientações toda semana, ter uma fonoaudióloga que fizesse uma avaliação das deglutições a cada três meses, ter um médico que fizesse esse acompanhamento pelo menos a cada três meses (Família 10).

Também é realidade que nem todas as Instituições de Longa Permanência aceitam idosos/as com DA, alegando não ter estrutura, visto que a maioria acabará ficando acamada, uma vez que a DA exige medicação intensa e uma serie de profissionais. Esses fatores podem estar inclusive motivando famílias a aderirem a medicamentos, tanto para “acalmar” seus familiares em nome de uma noite de sono ou diminuição da sobrecarga de cuidados, “agora ela está tomando medicação e ajuda muito ela dormir, mas se eu tirar a medicação, ela não dorme, ai a noite ela fica, já está na hora de acordar, as vezes três horas da manhã” (Família 14), ou ainda na retirada de medicamento para que se possa controlar a circulação dos/as mesmos/as:

Ele toma um antidepressivo, que antes ele tomava fluoxetina, só que ele ficava mais mole né, já com a mediquilina ele fica as vezes fica muito espertinho e já teve vez de ficar em pé, ai de vez quando eu não dou por que a gente fica com medo dele se levantar sozinho, cair e sofrer alguma fratura, ai fica realmente complicado e pior do que ele está acamado seria ele está acamado com uma fratura (Família 11).

As dificuldades apresentadas acima – acesso à medicação e equipe de profissionais fragilizada, rede fragmentada e confusa –, tem levado as famílias a indicarem que existe tanto falta de investimentos, quanto rotina ou protocolos de atendimentos específicos para DA, ou seja denunciam o Estado enquanto deficiente no provimento dos atendimentos necessários a DA, “existe má gestão e engessamento do Estado (...) é lei mas a morosidade e o nível de stress pela falta de direitos, levam os familiares, por vezes ao desespero, e com razão, devido a essa irresponsabilidade e perversidade moral e desumana” (Família 9)”. Afirmam ainda que embora o Alzheimer seja temido, ainda é invisível enquanto demanda crescente:

Ninguém está enxergando a demência como uma questão de urgência de saúde, está todo mundo vendo a tá é Alzheimer, então se tem urgência para diabetes, se tem urgência para hipertensão, se tem urgência em outras patologias e ninguém está vendo que isso hoje é uma emergência de saúde pública (Família G7).

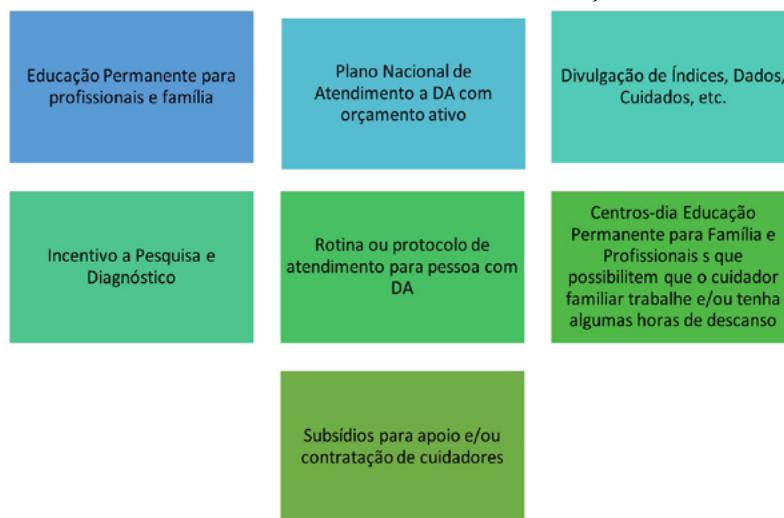
O desgaste apresentado pelas famílias corrobora com estudos como o de Cesário *et al.* (2017), o qual sugere que o adoecimento do/a cuidador/a pode ser relacionado à intensa convivência

com a pessoa doente, a qual é permeada de situações desgastantes, desestruturando a vida pessoal do cuidador, incluindo a sua saúde. Estima-se que entre “60% e 70% dos cuidadores familiares de pacientes com demência têm estresse e problemas médicos ou psiquiátricos” (SILVA, PASSOS, BARRETO, 2012, p.109). Tanto que foram vários comentários como os abaixo que mostram a apatia das famílias diante da sensação de desespero:

algumas coisas que estão começando a aparecer, mas ainda com muita timidez, então Alzheimer ainda é um mundo desconhecido, Alzheimer ainda é, um planeta que nem todos chegaram e para chegar eu acho muito difícil, só com muito trabalho e se formos esperar pela parte, como a gente chama, governamental, a gente jamais chegara lá, nós chegaremos certamente, numa ribanceira, certamente numa ilha (Família 4).

É preciso ter cuidado para não esperar que o cuidador/a dê conta de todos os aspectos que giram em torno da gestão da doença, caso contrário, entra-se em um processo de culpabilização dos/as cuidadores/as e conseqüentemente da família. Quanto a isso existe de fato a necessidade de escuta qualificada das famílias, pois as mesmas, pela experiência de convívio com a doença, apontam importantes possibilidades de melhoria na rede de atendimento – que não devem excluir a necessidade de profissionais da saúde, medicação adequada, acompanhamento clínico e social. – sistematizadas na figura abaixo:

Figura 2 – Possibilidades de Melhorias no Atendimento a Doença de Alzheimer



Fonte: Sistematizado pelos/as autores/as, 2020.

Visto que “o cuidador é uma importante fonte de apoio para o enfrentamento da dependência imposta pela demência” (INOUE; PEDRAZANI; PAVARINI, 2010, p. 898). Mendes e Santos (2016) afirmam que o Sistema de Saúde Público (SUS), poderia gerir suportes de apoio a famílias e cuidadores/as, fornecendo por exemplo, capacitação aos cuidadores/as familiares e profissionais a fim de promover a qualidade no atendimento para suprir às demandas decorrentes da doença, promovendo o equilíbrio e bem-estar de ambas as partes. Entretanto, para que atenda as mais variadas necessidades – biológicas, emocionais estruturais, dentro outras – existe necessidade de

materialização de atuação em rede tanto de setores públicos quanto de políticas que dialoguem de forma intersetorial com profissionais que estejam abertos ao trabalho interdisciplinar. As medidas apontadas clamam por urgência, pois como pontuado por familiar:

É preciso muito mais e mais rapidez e agilidade. A doença não tira férias. A sociedade, inclusive nas áreas da saúde (médicos e outros) precisam ser capacitados para compreender e lidar na prática com portadores e familiares da DA. Com dados alarmantes e crescentes da DA, é preciso com urgência um Plano para Demência eficiente e eficaz, além do papel, prático e que atenda às necessidades básicas (Família 6).

Destaca-se que conforme Inouye, Pedrazani e Pavarini (2010, p. 898), “o comprometimento com a promoção da saúde, em suas perspectivas mais amplas, deve abarcar objetivos que ultrapassem a visão simplista de acesso a consultas médicas e medicamentos”. Assim, não se pode apenas observar a DA separada de outras questões. Obter real entendimento da totalidade que cerca o sujeito com DA, deve levar em conta a necessidade de “identificar o perfil dessa população, bem como suas especificidades, o que possibilita intervenções direcionadas que poderão contribuir para a obtenção de melhoria na qualidade de vida dos indivíduos” (INOUE, PEDRAZANI e PAVARINI, 2010, p. 898).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa reforçar, que no que diz respeito ao custeio das políticas públicas correlatas à saúde a ideia de distribuição de recursos da União para os demais entes federados significa fomento à promoção da dignidade da pessoa humana porque o custeio de direitos é atividade-meio. O planejamento de políticas públicas deve levar em consideração a demanda plena da população e especificamente no que diz respeito à política pública de saúde, é de fundamental importância que se pense a estrutura biopsicossocial do sujeito porque o direito à saúde não é correlato tão somente a um atendimento “repressivo”.

Como a saúde é um estado fisiológico de bem-estar, os agentes governamentais devem pensar em estratégias aptas a prevenirem o desgaste do indivíduo e é incontroverso o fato de que o tratamento da DA deve ser reativo, com intervenção medicamentosa e atendimento psico-ambulatorial e também multidisciplinar, que envolve também os agentes familiares envolvidos no processo.

O estudo indica que fica nítida a responsabilização familiar do atendimento em detrimento a um Estado que deveria estar garantindo as mínimas condições de qualidade de vida para a pessoa que convive com a DA. Dessa forma, torna-se necessário análises sobre a operacionalidade das políticas públicas para pessoas acometidas/os pela Doença Alzheimer em uma perspectiva de totalidade que ultrapasse somente questões biológicas.

Porém, é fato que ainda se vivencia um cenário de poucos investimentos correlatos a doença

desconsiderando os claros índices de aumento da expectativa de vida daqueles que envelhecem, portanto mais suscetíveis a doença. Longe disso, espera-se que a famílias e cuidadores/as deem conta – em uma perspectiva de culpabilização – de atendimentos que ultrapassem sua compreensão e habilidades. Assim, clama-se, por escuta qualificada das famílias, pois as mesmas, apontam importantes possibilidades de melhoria na rede de atendimento público com especial atenção para protocolos e rotinas que sejam efetivamente cumpridos, investimentos em pesquisas, profissionais qualificados, instituições de apoio a família, dentre outras possibilidades.

Porém, como ter acesso a essa estrutura de vida em um sistema neoliberal que nega a ampliação e investimento público para acesso a esses direitos? Apesar de termos avanços no que diz respeito ao âmbito social com vista a viabilização do acesso aos serviços públicos, o que se pode observar é o aumento da privatização, no qual, ganha força o arranjo neoliberal, que dificulta e impossibilita o acesso e garantia aos direitos essenciais via políticas públicas.

Dessa maneira, expressa-se a total desresponsabilização e inadimplência do Estado aos sujeitos que já estão fragilizados pelos impactos da doença e precisam providenciar meios que deem conta de tal situação, onde por vezes, ficam a margem da solidariedade e incerteza, já que a filantropia não garante acesso contínuo aos sujeitos.

Se a DA é um transtorno “neurodegenerativo progressivo e fatal que se manifesta por deterioração cognitiva e da memória, comprometendo progressivamente as atividades de vida diária e uma variedade de sintomas neuropsiquiátricos e de alterações comportamentais” (BRASIL, 2013, s.p.), porque órgãos de atendimento público como os CAPS – Saúde Mental, não acolhem as demandas apontadas pelas famílias como objeto de atendimento?

Independente de qual instituição pública venha acolher a demanda, fato urgente é a necessidade de materialização de atendimentos públicos que venham de fato amparar famílias e cuidadores/as na garantia de cuidados mínimos, mesmo que paliativos, junto aos acometidos pela DA, caso contrário acirrar-se-á o processo de (in) visibilização de uma doença que abala toda organização e estrutura familiar daqueles/as que mais que memória precisam preservar o direito a saúde, portanto a vida.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALZHEIMER (ABRAZ). **O que é Alzheimer**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://abraz.org.br/web/>. Acesso em: 13 mar. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Quem somos**. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/227-dados-gerais>. Acesso em: 10 junho de 2020.

PRINCE, Martin; JACKSON, Jim. **Relatório sobre a doença de Alzheimer no mundo**. Londres: ADI, 2009. Disponível em: <https://www.alz.co.uk/research/files/WorldAlzheimerReport-Portuguese.pdf>. Acesso em: 14 junho de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 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: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a Política Nacional de Saúde Mental. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do idoso. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70326/672768.pdf?sequence=2>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 491 de 23 de setembro de 2010**. Dispõe sobre Protocolo clínico e diretrizes terapêuticas - Doença de Alzheimer. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2010/prt0491_23_09_2010.html. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.298 de 21 de novembro de 2013**. Dispõe sobre a aprovação do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Doença de Alzheimer. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2013/prt1298_21_11_2013.html. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 375 de 10 de novembro de 2009**. Dispõe sobre o roteiro a ser utilizado na elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), no âmbito da Secretaria de Atenção à Saúde - SAS/MS. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2009/prt0375_10_11_2009.html. Acesso em: 29 set. 2019.

CESÁRIO, Vanovya Alves Claudino; LEAL, Márcia Carrêra Campos; MARQUES, Ana Paula de Oliveira, CLAUDINO, Karolyny Alves. Estresse e qualidade de vida do cuidador familiar de idoso portador da doença de Alzheimer. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 112, p. 171-182, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/YPgdVBvzrhMy7XKcxXNj9Hn/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 fev. 2012.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. EM 2019, EXPECTATIVA DE VIDA ERA

DE 76,6 ANOS. BRASÍLIA: IBGE, 2020. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://AGENCIADENOTICIAS.IBGE.GOV.BR/AGENCIA-SALA-DE-IMPRESA/2013-AGENCIA-DE-NOTICIAS/RELEASES/29502-EM-2019-EXPECTATIVA-DE-VIDA-ERA-DE-76-6-ANOS](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos). ACESSO EM: 10 MAR. 2022.

INOUE, Keika; PEDRAZANI, Elisete Silva; PAVARINI, Sofia Cristina Iost. Implicações da doença de Alzheimer na qualidade de vida do cuidador: um estudo comparativo. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 5, p. 891-899, maio 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/c38Syv5mNJ4SMjnFYNRMrdg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MENDES, Cinthia Filgueira Maciel; SANTOS, Anderson Lineu Siqueira. O cuidado na doença de Alzheimer: as representações sociais dos cuidadores familiares. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 121-13, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/ny9dmKybVjRLQctPDQxnGZp/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Alzheimer**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/alzheimer>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FERIANI, Daniela. **Entre sopros e assombros**: estética e experiência na doença de Alzheimer. 2017. Tese (Doutorado em Antropologia) - Universidade Federal de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=0MV-IEMAAAAJ&citation_for_view=0MV-IEMAAAAJ:LkGwnXOMwfcC. Acesso em: 20 jun. 2019.

SANTIAGO, Elaine Cabeleira. **Alzheimer no envelhecimento**: refletindo sobre família e rede de atendimento. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) - Universidade Federal do Pampa, São Borja, 2018. Disponível em: <http://dspace.unipampa.edu.br:8080/jspui/handle/rii/4131>. Acesso em: 15 mar. 2019.

SANTOS, Michelle Didone, BORGES, Sheila de Melo. Percepção da funcionalidade nas fases leve e moderada da doença de Alzheimer: visão do paciente e seu cuidador. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 339-349, jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbagg/a/WzD3vxDqW6GnxHSTRtXJh4q/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 mar. 2019.

SILVA, Cláudia Fernandes da; PASSOS, Valéria Maria Azeredo; BARRETO, Sandhi Maria. Frequência e repercussão da sobrecarga de cuidadoras familiares de idosos com demência. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 707-731, dez. 2012. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/rbagg/a/7Ydj3ySk8N4Fgcng74DBpzC/abstract/?lang=pt#:~:text=Os%20dados%20evidenciaram%20que%20o,cuidadora%20\(p%3D0%2C046\)](https://www.scielo.br/j/rbagg/a/7Ydj3ySk8N4Fgcng74DBpzC/abstract/?lang=pt#:~:text=Os%20dados%20evidenciaram%20que%20o,cuidadora%20(p%3D0%2C046)). Acesso em: junho, 2019.

Como citar: PESSÔA, Elisângela Maia; ARAÚJO, Mário Augusto Silva. Quando o direito à saúde chega na doença de alzheimer. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 91-108, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 91. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 03/07/2020

Aprovado em: 22/09/2020

OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE NO BRASIL A PARTIR DO ESTUDO DE CASO DA EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS

THE CHALLENGES FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES IN BRAZIL THROUGH THE STUDY OF ZIKA VIRUS EPIDEMIC CASE

Luís Guilherme Soares Maziero*
Mariana Tourinho e Silva **

Como citar: SILVA, Mariana Tourinho e; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. Os desafios para implementação de políticas públicas em saúde no brasil a partir do estudo de caso da epidemia do Zika Vírus. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 109-129, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 109. ISSN: 1980-511X

*Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2006), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2010) e doutor em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino (2018). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, onde atua em regime de dedicação exclusiva, em tempo integral. Também exerce a função de Integrador Acadêmico de Graduação junto à Pró Reitoria de Graduação - PROGRAD, durante a gestão 2018-2021. Também atua como advogado e parecerista de diversas revistas acadêmicas.
E-mail: luismaziero@yahoo.com.br

**Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2015-2019), e pós-graduanda pelo CEI - Centro de Estudos pela Internet.
E-mail: marianatourinho.s@gmail.com

Resumo: Utilizando a metodologia científica de estudo de caso analítico, combinada com a metodologia qualitativa, pautada no estudo de textos teóricos e fatos históricos, este trabalho visa traçar um panorama dos impactos da epidemia do Zika vírus no Brasil à luz do Direito Sanitário, analisando sua estrutura e relação com o Direito à Saúde. Buscou-se através de relatórios nacionais e internacionais identificar de que forma crianças e suas famílias foram afetadas, quais medidas corretivas e preventivas foram tomadas pelos governos e posteriormente avaliá-las. Este estudo demonstrou que as políticas públicas foram ineficazes na medida em que desconsideraram diversos fatores determinantes quando da sua implementação, ocasionando uma patente violação não só do Direito à Saúde, mas de uma gama de direitos fundamentais. Diante deste desequilíbrio, o Poder Judiciário se apresenta como última e única alternativa ao cidadão na busca à efetivação de seus direitos.

Palavras-chave: Direito Sanitário. Direito à Saúde. Zika Vírus. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

Abstract: This paper draws an overview of the impacts of the Zika virus epidemic in Brazil from the context of Brazilian Health Care Law, analyzing its structure and relationship with the Right to Health. This study examined national and international reports on how children and their families were affected, which corrective and preventive measures had been taken by governments and subsequently evaluates them. This study showed that public policies were ineffective in that they

disregarded several determining factors when implemented, causing a patent violation of not only of the Right to Health but of a range of fundamental rights. Given this imbalance, the judiciary is the last and only alternative to citizens in the pursuit of the enforcement of their rights.

Keywords: Health Law. Right to Health. Zika Virus. Public Policies. Judiciary.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia busca estudar a estrutura do direito sanitário brasileiro e sua relação com as principais dificuldades que se encontram em apresentar uma resposta satisfatória e tutelar o direito à saúde frente às novas doenças, bem como analisar o papel do judiciário na efetivação das políticas públicas, com vistas à garantia deste direito fundamental.

Este panorama será traçado em paralelo à Epidemia do Zika Vírus, que trouxe à tona diversas questões de saneamento básico do país e demandou uma ação coordenada no combate à proliferação do vírus e de outras doenças transmitidas pelo mosquito *Aedes Aegypti*.

Este estudo fará uso da metodologia científica de estudo de caso analítico, combinada com a metodologia qualitativa, pautada no estudo de textos teóricos e fatos históricos. Com isto, buscar-se-á refletir quanto à uma possível implicação recíproca entre os direitos fundamentais de um lado, mais especificamente o direito à saúde, e de outro o impacto em diversas barreiras, sejam as orçamentárias, de planejamento, demográficas, socioculturais e a demanda por legisladores, juízes e administradores que pensem e dominem as questões sanitárias, a fim de superar esses entraves.

1 A EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS NO BRASIL

1.1 HISTÓRICO DA EPIDEMIA

O Zika Vírus, originário no continente africano (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2016)¹, chegou ao Brasil através de turistas, especialmente durante a Copa do Mundo de 2014. O clima e, principalmente, a falta de atuação do poder público em implementar políticas de controle do *Aedes Aegypti* (vetor do vírus do Zika, da dengue, da febre Chikungunya e da febre amarela urbana) foram as causas apontadas para a disseminação da doença (MACIEL-LIMA, 2018). De acordo com a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, os principais sintomas apresentados após a contaminação pelo Zika são febre aguda e manchas avermelhadas na pele.

Neste contexto, a médica paraibana, Doutora Adriana Suely de Oliveira Melo, foi pioneira na associação do Zika Vírus à Microcefalia (CARNEIRO, 2016)², malformação congênita do perímetro cefálico que afeta o desenvolvimento do indivíduo, principalmente em suas funções neurológicas, respiratórias e motoras, através da análise do líquido amniótico doado por duas pacientes que tiveram o Zika durante a gestação (MACIEL-LIMA, 2018).

A médica encontrou diversas dificuldades em comunicar as autoridades acerca da

1 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **One year into the Zika Outbreak**: how an obscure disease became a global health emergency. WHO, 5 mai. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/zika-virus/articles/one-year-outbreak/en/>. Acesso em: 16 out. 2019.

2 CARNEIRO, Júlia Dias. Para pioneira em ligar zika a microcefalia, Brasil está perdendo tempo e situação é 'de guerra'. **BBC NEWS Brasil**, São Paulo, 15 mar. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160314_pioneira_zika_microcefalia_jc_if. Acesso em: 14. jun. 2019.

descoberta. De início, contactou a Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco, que, na época, havia emitido uma nota técnica alertando sobre o aumento dos casos de microcefalia. Obteve retorno negativo da Vigilância Epidemiológica. Como resposta, o órgão estatal afirma que agiu dentro dos limites orçamentários e o Ministério da Saúde informou que o protocolo para realização de testes e suspeitas é feito por meio de editais de institutos de pesquisas, podendo levar meses (PEREIRA, 2016).³

De acordo com o Relatório Internacional elaborado em parceria através do Center for Reproductive Rights (CRR), pelo Woman and Health Initiative da Harvard T. H. School of Public Health e junto ao Global Health Justice Partnership da Yale Law School and Yale School of Public Health, “*Unheard Voices: Women’s Experiences With Zika*”, o vírus do Zika é primariamente disseminado pelo mosquito *Aedes Aegypti*, mas também pode ser sexualmente transmitido ou, conforme mencionado, transmitido da mãe para o feto. O feto infectado com o vírus pode apresentar complicações pré-natais, como Microcefalia e/ou Síndrome Congênita do Zika Vírus. Atualmente, não há qualquer vacina ou medicamento capaz de tratar ou prevenir o Zika e as ferramentas de teste e diagnóstico são implantadas de forma inconsistente nas regiões afetadas (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2018).

De 2000 a 2014, o Sinasc, principal fonte de informações nacional para o planejamento e a avaliação de ações de saúde direcionadas à gestante, ao parto e ao recém-nascido, registrou 2.464 nascidos vivos com microcefalia no Brasil. Somente no ano de 2015, foram registrados 1.608 casos, um aumento de nove vezes em relação à média dos cinco anos anteriores (MARINHO, *et al.*, 2016).

Ainda, o estudo traçou o perfil dessas mães. Dos 1.608 nascidos vivos com microcefalia em 2015, 71% eram filhos de mães residentes na região Nordeste; 51%, de mães com até 24 anos de idade; 77%, de mãe com cor da pele preta ou parda; e 27%, de mães com menos de oito anos de escolaridade. Mais uma vez, o aspecto estrutural do problema se evidencia, as desigualdades sociodemográficas e geográficas estão presentes em cada um dos indicadores do estudo (MARINHO, *et al.*, 2016).

Após avaliação da situação, considerando o aumento exponencial dos casos de microcefalia em Pernambuco e verificando a ocorrência do mesmo evento em outros estados da região Nordeste, fez-se necessário uma resposta coordenada das ações de saúde de competência da vigilância e atenção à saúde entre as três esferas de gestão do SUS e, em 11 de novembro de 2015, o Ministério da Saúde declarou ESPIN – Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, através da Portaria MS nº 1.813/2015 (GARCIA, 2018).

A Organização Mundial da Saúde realizou durante este período diversas visitas ao país, a fim de analisar as ações coordenadas pelo Ministério da Saúde. Em junho de 2016, o comitê de emergência confirmou a consonância internacional de que o vírus Zika era agente causador da microcefalia e da Síndrome de Guillain-Barré e declarou a ESPII – Emergência em Saúde Pública

3 PEREIRA, Felipe. **Médica que ligou zika à microcefalia diz que levou 2 meses para ser ouvida**. Uol. Campina Grande (PB). 12 fev. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/02/12/medica-que-relacionou-zika-a-microcefalia-levou-dois-meses-para-ser-ouvida.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

de Importância Internacional (GARCIA, 2018).

Neste momento, o principal objetivo do comitê era voltado às áreas de pesquisa em saúde pública sobre microcefalia, a fim de sanar outros questionamentos decorrentes da confirmação entre a relação do vírus Zika e a microcefalia, como a existência de outras doenças neurológicas decorrentes do vírus, vigilância, controle de vetores, comunicação de risco, cuidados clínicos, recomendações para viajantes e pesquisa e desenvolvimento de produtos.

Por fim, em 18 de novembro de 2016, o comitê de emergência considerou que um plano estratégico de longo prazo era então necessário para gerir a resposta global, de modo que a situação não mais constituía uma ESPII, sob a definição do Regulamento Sanitário Internacional, o que foi acatado pela diretora-geral da OMS. Posteriormente, o Ministério da Saúde declarou oficialmente o fim da ESPIN em 11 de maio de 2017, tendo comunicado a decisão à Organização Mundial da Saúde (GARCIA, 2018).

O relatório *Unheard Voices: Women's Experiences With Zika* apontou que a reação da OMS e do Governo Brasileiro pode ter sido emitida muito cedo. Isto porque o número de pessoas afetadas demonstra uma epidemia crescente, os impactos a longo prazo do vírus permanecem mal compreendidos e a realidade das mulheres e suas famílias continuam ignoradas pelos Governos e autoridades sanitárias.

1.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS AO COMBATE DO ZIKA VÍRUS

O aumento exponencial dos casos de Zika Vírus trouxe à tona diversos problemas estruturais de saúde e saneamento no país, como a falta de acesso à água potável, saneamento básico e coleta e descarte adequado de lixo (MARINHO *et al.*, 2016), o que revela, mais uma vez, o despreparo do poder público diante do controle de epidemias e novas doenças, especialmente as transmitidas pelo *Aedes Aegypti*.

A partir da notificação do evento, em outubro de 2015, o Ministério da Saúde inicialmente centralizou esforços nas atividades de monitoramento e investigação dos casos no âmbito das secretarias estaduais e municipais de saúde, com a publicação de protocolos e diretrizes para a vigilância e atenção à saúde (GARCIA, 2018).

Em dezembro de 2015, foi lançado o Plano Nacional de Enfrentamento à Microcefalia, dividido em três eixos de ação: 1. mobilização e combate ao mosquito; 2. atendimento às pessoas; 3. e desenvolvimento tecnológico, educação e pesquisa.

Com relação ao orçamento, o governo federal, por meio da Medida Provisória (MP) nº 716/2016, liberou R\$ 420 milhões do orçamento federal para ações de combate em março de 2016, tendo sido aprovada e convertida na Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Posteriormente, em 2017, o Ministério da Saúde destinou R\$ 135,2 milhões para abertura de novos serviços de assistência às crianças com microcefalia e realização de estudos relacionados à dengue, Zika e Chikungunya (GARCIA, 2018).

A referida Lei nº 13.301/2016 foi o principal ato normativo do Poder Público ao combate

da epidemia, tratando da adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus Zika. Todavia, a Lei foi alvo de críticas e provocou o controle direto de constitucionalidade, a ser tratado neste trabalho.

O setor de segurança pública também foi acionado. As Forças Armadas e a Defesa Civil foram convocadas a fim de organizar o transporte e à distribuição de inseticidas e de profissionais de saúde, inclusive com a realização de mutirões (GARCIA, 2018).

Ainda, no âmbito da Educação, o Programa Saúde na Escola mobilizou, em março de 2016, em torno de 18 milhões de estudantes para o enfrentamento ao *Aedes aegypti* (GARCIA, 2018).

Conforme o relatório *Unheard Voices: Women's Experiences With Zika*, a comunidade médica continua a explorar as repercussões do Zika ao redor do mundo, e observou que além da Microcefalia, foram reportadas outras complicações em crianças afetadas pelo Zika. Por exemplo, convulsões musculares e articulares, o que impede a criança de se mover e se equilibrar, ou ainda, atrasos de desenvolvimento, alterações visuais e auditivas ou pé torto congênito. Essas complicações variam entre médias e severas, podendo até haver risco de vida.

Pela dificuldade em prever no nascimento quais problemas o bebê pode desenvolver através da Microcefalia, é importante o monitoramento por um profissional da saúde especializado durante os primeiros anos de vida.

Neste sentido, a resposta do governo brasileiro demonstrou falta de atenção às mulheres contaminadas com o Zika e seus filhos nascidos com deficiências decorrentes do vírus. Não obstante o governo de forma incisiva orientar mulheres a postergar a gravidez e trabalhar para criar estratégias de controle do mosquito a fim de mitigar sua proliferação, essa abordagem não incluiu de forma adequada uma perspectiva dos Direitos Humanos e, portanto, pouco fez para melhorar as complicações resultantes da epidemia.

Muitos especialistas em saúde pública entrevistados para a elaboração do Relatório Internacional supramencionado criticaram a prioridade do governo brasileiro em controlar o vetor como um meio de controlar a disseminação do Zika, visto que suprime outras estratégias de prevenção como serviços abrangentes de saúde sexual e reprodutiva, proteção social para crianças com deficiência e melhora na infraestrutura de água e saneamento.

As políticas públicas voltadas ao combate dessas novas doenças, mais especificamente no caso da epidemia do Zika Vírus, devem englobar cada um destes aspectos. Portanto, antes de adentrarmos nas dificuldades e impasses no implemento de políticas públicas em saúde, necessário analisar o sistema sanitário e de saúde brasileiro.

2 DIREITO SANITÁRIO BRASILEIRO

2.1 DIREITO À SAÚDE E DIREITO SANITÁRIO

Inicialmente, necessário fixar-se que o Direito à Saúde e o Direito Sanitário são indissociáveis, sem um não existe o outro. A razão dessa indissociabilidade veremos adiante.

No Brasil, o Direito à Saúde, reconhecido como um direito humano fundamental por instrumentos internacionais, encontra-se categorizado na Constituição Federal no que se convencionou chamar de direitos sociais ou direitos humanos de segunda geração (BRASIL, 2006).

Para se chegar nesta categorização como direito social, é preciso analisar o desenvolvimento do conceito de Direito à Saúde. Pelo estudo de *Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior* na obra *Direito Sanitário* (2010), inicialmente se tinha a saúde como ausência de enfermidade, na forma mais determinada e simples de conceito, que possibilitou sua evolução, através da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 1948, para a ideia de saúde como um bem coletivo, como o estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Através dessa evolução, torna-se possível identificar duas dimensões do direito à saúde: a primeira individual, como a ausência de enfermidade no cidadão, e a segunda coletiva, como a cooperação de indivíduos e Estado, com o fim de atingir o bem-estar físico, mental e social. Esta última dimensão tem suma importância para o presente trabalho, pois tratando-se de doenças transmissíveis, epidemias e pandemias que tomam dimensões planetárias, a cooperação da coletividade exerce papel fundamental em seu controle, erradicação e prevenção) (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Neste sentido, o direito à saúde e o bem-estar do indivíduo pressupõem aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva, em que se está diante tanto de direitos, como também deveres, e não só por parte dos Estados, mas também da sociedade (BRASIL, 2006).

Contextualizando os grandes problemas de saúde pública, exige-se dos serviços de saúde a consideração de outras variáveis sociais, além dos mecanismos biológicos de transmissão de doenças, que certamente interferem na aplicação das medidas de controle de forma adequada (BRASIL, 2006).

Outro ponto importante, especialmente para a presente análise, inaugurado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde, em seu preâmbulo foi *a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins (...) essencial para a mais ampla realização da saúde*. Quer dizer, o acesso e a transparência acerca da evolução tecnológica e do saber científico a todos, contribui para o direito à saúde. Vale aqui lembrar dos esforços empregados pela médica pesquisadora Dra. Adriana Melo em divulgar os resultados de sua descoberta científica.

Com o aspecto do acesso a informação relaciona-se a complexidade das mencionadas variáveis sociais que envolvem a prestação de serviços de saúde adequados, de forma que se

demanda do Estado a adoção de medidas preventivas, que partem principalmente do uso correto e oportuno dos mecanismos de informação, indo - em casos extremos - até medidas de polícia administrativa (BRASIL, 2006).

A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é, portanto, inegável e serviu de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Isto porque ao trazer junto ao conceito de saúde a ideia de bem-estar físico, mental e social, relaciona o ser humano e o meio em que está inserido, além de, como mencionado, classificar a saúde como um bem jurídico de dimensão individual e coletiva, acenando para a necessidade da preservação presente e futura tanto do indivíduo, como da humanidade (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

É possível traçar um paralelo da importância do meio em que o indivíduo está inserido ao caso da epidemia do Zika vírus através das conclusões do estudo realizado por Marinho et al (2016), mencionado no capítulo 1 deste trabalho. Ainda, acompanhado dos resultados do “Ranking do Saneamento das 100 maiores cidades”, publicado pelo Instituto Trata Brasil, que indicou que no Nordeste, somente 32,11% do esgoto é tratado e na região Norte o número é ainda menor, apenas 16,42% (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2019).

A existência de um perfil social das principais pessoas atingidas pelo vírus do Zika demonstra que a saúde depende, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico das pessoas e dos Estados. O que obriga afirmar que, sob a ótica jurídica, a saúde deverá inevitavelmente implicar aspectos individuais, sociais e de desenvolvimento (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Acerca da relevância desta reflexão, merece destaque excerto da obra de Dallari e Nunes Junior (2010. 16):

É possível concluir, portanto, que tanto a noção de direito como a de saúde no Estado contemporâneo implicam a mais ampla compreensão do ambiente em que será realizado o direito à saúde. É preciso que o legislador, o administrador e o juiz possam orientar-se em meio a tantas variáveis sociais, econômicas e culturais que participam da definição do estado de saúde das pessoas.

Feitas as indispensáveis considerações acerca do Direito à Saúde, a Constituição da República Federativa Brasileira entabula, junto ao Direito à Saúde, o conceito de Direito Sanitário, principalmente pelos artigos 196, 197 e 200, e em seguida pela Lei Orgânica da Saúde – LOS (Lei Federal nº 8.080/90) (BRASIL, 1990a)⁴, consubstanciado em um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde.

Fernando Aith e Dallari (2009), em seu artigo Vigilância em saúde no Brasil: os desafios dos riscos sanitários do século XXI e a necessidade de criação de um sistema nacional de vigilância em saúde considera que embora o comportamento individual e coletivo seja importante para a

4 BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

redução dos riscos à saúde, é o Estado quem efetivamente assume um papel fundamental para a adoção de todas as medidas possíveis e necessárias para evitar a existência, no ambiente social, de riscos de doenças e de outros agravos à saúde da população. Quando não for possível evitar a existência dos riscos, compete ao Estado adotar as medidas cabíveis para reduzir os efeitos que podem ser causados pela sua existência. A segurança sanitária, neste sentido, torna-se um princípio constitucional do direito sanitário brasileiro e constitui um dos seus principais alicerces. O direito sanitário organiza a ação de vigilância estatal em busca da segurança sanitária, bem como estabelece normas de conduta para que diversas atividades humanas passem a ser desenvolvidas de forma segura.

Da leitura do Direito Sanitário, é hialina a indissociabilidade deste ao Direito à Saúde mencionada no início deste capítulo.

2.2 ESTRUTURA E FUNDAMENTOS

Sendo o fundamento do Direito Sanitário encontrado a nível constitucional, a Lei Orgânica da Saúde possui igual importância na medida em que fixa diretrizes e limites aos entes federativos na tutela ao Direito à Saúde, estrutura o Sistema Único de Saúde, orienta a organização, direção e gestão da Saúde entre as esferas de poder e a comunidade, todas atribuições com caráter indubitavelmente de normas de direito sanitário, por se tratarem de regras voltadas à proteção à saúde.

Por óbvio, a criação da Lei Orgânica da Saúde, bem como os dispositivos constitucionais supramencionados, influenciaram diretamente a instituição do Sistema de Vigilância Sanitária, por meio da Lei Federal nº 9.782/99 (BRASIL, 1999).⁵

A ideia de um sistema nacional indica a necessidade de ações estruturadas entre os entes federativos, de modo que um exerça suas funções precípua e, ao mesmo tempo, concorra para o bom desempenho das funções dos demais (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

O artigo 2º da citada Lei 9.782/99 outorgou à União as seguintes competências: definir a Política Nacional de Vigilância Sanitária; definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais de vigilância sanitária; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; atuar em circunstâncias especiais de risco à saúde; e manter sistema de informações em vigilância sanitária, em cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

É possível verificar pelo menos quatro das oito atribuições elencadas, no decorrer da configuração da epidemia do Zika vírus no Brasil, narrado no primeiro capítulo, são elas as

⁵ BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

presentes nos incisos IV, V, VI, VII e VIII do artigo supracitado.

O mesmo dispositivo ainda determina que a competência da União será exercida indiretamente pelo Ministério da Saúde, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e pelos demais órgãos federais, cujas áreas de atuação se relacionem com o sistema.

Quanto aos Estados e Municípios especificamente, enquanto à União se outorgam atividades mais voltadas a aspectos normativos e regulatórios, a estes são atribuídas funções executivas, de implementação concreta das leis e normas administrativas em vigor, ou seja, de execução das políticas públicas.

Desta forma, aos Estados cabe a coordenação do sistema no âmbito de seu respectivo território, a assistência técnica e financeira aos Municípios, bem como a eventual suplementação das atividades por estes desenvolvidas.

Vale ressaltar que justamente por essa atribuição “em cadeia”, em que um ente regulamenta, outro coordena e outro executa, a responsabilidade entre eles é solidária, como veremos futuramente.

Neste sentido, elaborar a legislação de proteção e defesa da saúde é competência concorrente da União e dos Estados (artigo 24, inciso XII e parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal) e suplementar dos Municípios (artigo 24, inciso XII e parágrafos 1º e 2º cumulado com o artigo 30, inciso II, todos da Constituição Federal) e cuidar da saúde é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal).

Quanto ao orçamento, primeiro há que se ressaltar que a Saúde, em sentido amplo, integra o regime da Seguridade Social (artigo 194, da Constituição Federal), abarcada pelo caráter de contribuição direta ou indireta (artigo 195, da Constituição Federal) e pela universalidade, vez que qualquer cidadão tem livre acesso ao Sistema Único de Saúde, sem necessidade de uma contraprestação.

Neste sentido, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) trata do regime de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde, em seu artigo 33, determina que estes sejam depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde; e que os recursos do Fundo Nacional de Saúde, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes serão administrados pelo Ministério da Saúde, que terá a função, inclusive, de auditar os repasses de recursos aos Estados e Municípios.

Além disso, o valor do repasse será estabelecido de acordo com os seguintes critérios: perfil demográfico da região, perfil epidemiológico da população a ser coberta, características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área, desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior, níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais, previsão do plano quinquenal de investimentos na rede, ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Mais uma vez, percebe-se a preocupação, pelo menos da norma, em analisar o meio, compreendido por aspectos sociais, de desenvolvimento e econômicos, para o direcionamento de

ações de vigilância sanitária e promoção do direito à saúde.

Por sua vez, as atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em Saúde serão financiadas de maneira conjunta pelo SUS, pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

2.3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

2.3.1 ACESSO E REGIONALIZAÇÃO

Como visto, o Sistema Único de Saúde, concebido através da Constituição Federal em seu artigo 198, que traz suas diretrizes, é também regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde e pela Lei nº 8.142/90 (BRASIL, 1990b).⁶

Neste sentido, diante da divisão de competências entre os entes federativos na prestação de serviços públicos de saúde, a rede de serviços públicos que integra o SUS é guiada, de maneira geral, pelas diretrizes constitucionais da descentralização, da integralidade de atendimento e da participação da comunidade na sua gestão (AITH *et al*, 2014).

A LOS elenca os princípios do SUS, quais sejam: a mencionada universalidade (art. 7º, I, da Lei 8.080/90), a integralidade (II), a preservação da autonomia (III), a igualdade (IV), a transparência (V), a publicidade (VI), a utilização da epidemiologia (VII), a participação da comunidade (VIII), a descentralização político-administrativa (IX), a integração, em nível executivo, das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (X), a conjugação dos recursos (XI) e a capacidade de resolução, organização dos serviços públicos (XII).

Conceitualizando as diretrizes do SUS, a descentralização compreende a cooperação de cada um dos entes federativos nas atividades de execução, havendo uma transferência de obrigações recíprocas entre União, Estados e Municípios, visando o atendimento adequado ao cidadão. A assistência integral determina que o Sistema deva abarcar atividades de prevenção, promoção e curativos da saúde, colocando o direito à saúde e à vida em um patamar superior a qualquer outro interesse invocado, como a reserva do possível, reserva orçamentária (ELLWANGER; NUNES JUNIOR, 2016).

Por fim, a participação da comunidade se consolida através da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde, colegiados responsáveis por criar estratégias de controle e execução de políticas públicas em saúde junto ao ente correspondente (ELLWANGER; NUNES JUNIOR, 2016).

Destas diretrizes decorre a regionalização do Sistema Único de Saúde, definida no

6 BRASIL, Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 09. jan. 2020.

Decreto 7.508/11 (BRASIL, 1990c)⁷ como Região de Saúde, consiste em “espaço geográfico contínuo constituído por agrupamento de municípios limítrofes, delimitado a partir de **identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados**, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde”.

A regionalização promove, portanto, a melhor coordenação e integração das ações em saúde e seus custos, e proporciona escala mais adequada e maior participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão.

Contudo, a regionalização, apesar dos benefícios, apresenta desafios, como as dificuldades em áreas de baixa densidade demográfica, como a Amazônia Legal, ou na hipótese da região de saúde apresentar um desenho diferente do recorte territorial, e ainda respeitar as diversidades locais, continuando a atender as necessidades de saúde e demandas da população (BRASIL, 2011).

2.3.2 ACREDITAÇÃO E QUALIDADE

A regulamentação de leis em matéria sanitária e de saúde e a disponibilização de serviços nesta seara fazem parte do processo de tutela do direito fundamental à saúde, porém além disso, é necessário que o serviço ofertado seja de qualidade para que de fato se efetive o direito à saúde (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Com o objetivo de analisar e aprimorar a oferta dos serviços em saúde, foi criada em 1996, o Programa de Aprimoramento da Qualidade em Saúde, pelo Ministério da Saúde. Posteriormente e com o mesmo intuito, agora mais especificamente com relação aos Hospitais Públicos, criou-se o Programa Brasileiro de Acreditação Hospitalar no ano de 2001 (ELLWANGER; NUNES JUNIOR, 2016).

A organização hospitalar é considerada um sistema complexo, em que as estruturas e os processos interligados, interferem entre si em seu funcionamento e do conjunto como um todo, de modo que não se pode avaliar um setor ou departamento isoladamente. Neste sentido, o Processo de Acreditação é um método de consenso, racionalização e ordenação das Organizações Prestadoras de Serviços Hospitalares e, principalmente de educação permanente dos seus profissionais (BRASIL, 2002).

A acreditação é, portanto, uma espécie de escala, capaz de quantificar e qualificar, pela avaliação e certificação da qualidade de serviços de saúde, com vistas ao seu aperfeiçoamento (ELLWANGER; NUNES JUNIOR, 2016), diante da necessidade de implementar mecanismos de eficiência e eficácia nos processos de gestão para assegurar uma assistência melhor e prestar o serviço de forma mais humanizada à saúde dos seres humanos que procuram os hospitais, usualmente em condições de mais fragilidade (BRASIL, 2002).

7 BRASIL. Lei nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 09. jan. 2020.

Pelo estudo de *Ellwanger e Nunes Júnior* (2016), da totalidade de hospitais brasileiros, apenas 3,75% são considerados acreditados e que, apesar de algumas regiões concentrarem maior quantidade de hospitais, a proporção de hospitais acreditados não se mantém, pois estes se concentram na região Sudeste e Sul do país.

A porcentagem de hospitais acreditados nível 1 por região, é de 58% na Região Sudeste; 18% na Região Sul; 10% na Região Nordeste; 8% na Região Centro-Oeste; e 6% na Região Norte.

Facilmente percebe-se uma relação desta estatística, ligada à qualidade do serviço de saúde ofertado, à estatística trazida por *Marinho et al* (2016), ligada ao perfil das pessoas atingidas pelo vírus do Zika, bem como ao *Relatório do Instituto Trata Brasil*, referente ao saneamento básico. A importância do desenvolvimento social, econômico das pessoas e dos Estados e do acesso à tecnologia e ao saber científico é gritante quando analisados os dados simultaneamente.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 NORMATIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE

A saúde é um direito fundamental que, como visto, demanda uma prestação positiva do Estado, seja pela instalação de um hospital, por meio de uma consulta médica, pela realização de uma cirurgia ou através do fornecimento de um medicamento. Na concepção de *Caçado Trindade*, *o direito à saúde, como direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção, proteção e recuperação da saúde*.⁸ Essa prestação positiva deve ser realizada precipuamente na forma de política pública, visto que se não efetivada, o cidadão usualmente aciona o Poder Judiciário para tal.⁹

Neste sentido, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico demanda do direito uma interdisciplinaridade. Isto porque a normatização e planejamento de determinada ação estatal deverá considerar os aspectos econômicos, sociais, geográficos, científicos daquele direito que se pretende efetivar.

A Constituição de 88, como uma constituição social, traz a ideia de um estado intervencionista, prestacional, através de normas programáticas que proclamam a intervenção estatal mediante prestações positivas, demonstrando, dessa forma, um modelo jurídico e social de políticas públicas (BUCCI, 2001).

8 TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volumes I e II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 1997.

9 “Assim, podemos perceber que, como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao estado por meio de ação judicial, pois, permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico, ou, ainda, exijam que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (como, por exemplo, não poluir o ambiente). Assim o direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo público.” *In*: AITH, F.; DALLARI, S. *Vigilância em saúde no Brasil: os desafios dos riscos sanitários do século XXI e a necessidade de criação de um sistema nacional de vigilância em saúde*. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 2, p. 94-125, 1 out. 2009.

O direito exerce, portanto, papel de consolidar e delimitar a política pública e sua forma de efetivação, seja em escala constitucional até a nível infralegal, sendo a ciência capaz de realizar a comunicação entre Poder Legislativo, Poder Executivo e a Administração Pública, no que concerne aos objetivos desejados na respectiva política (SPAT; SUPTITZ, 2015).

Assim, as próprias legislações infraconstitucionais especificam elementos que fazem parte da normatização das políticas sociais, tais como: (a) *finalidade da política*, (b) *seus princípios*, (c) *diretrizes*, (d) *forma de organização e gestão*, (e) *ações governamentais, com atribuições de deveres e competências*, (f) *fontes de recursos financeiros* (ARZABE, 2001).

Com relação ao direito à saúde, tratado no segundo capítulo deste trabalho, a política pública deverá necessariamente observar suas dimensões, individual e coletiva, na medida em que o indivíduo deverá ter sua saúde individual resguardada, conjuntamente ao ambiente em que está inserido, que deverá reunir condições básicas de convívio social, sendo estes pontos indissociáveis e interdependentes para a integral efetivação do direito. Não existirá um indivíduo plenamente tutelado pelo Estado em seu direito à saúde incluído em uma comunidade que não possui mínima infraestrutura de saneamento.

A exemplo disto, o Relatório Internacional elaborado pelo CRR retrata que no Brasil cerca de 190 milhões de pessoas dependem exclusivamente dos serviços do Sistema Único de Saúde e por vezes se deparam com cuidados e suprimentos inadequados, longos períodos de espera em serviços emergenciais, problemas de infraestrutura, insumos vencidos ou defeituosos, bem como falta de médicos e medicamentos.

3.2 ANÁLISE DO COMBATE À EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS

A OMS pontuou que “o fardo do Zika recai sobre os pobres, em cidades tropicais no mundo em desenvolvimento, o cidadão pobre não tem condições de custear um ar-condicionado, telas em janelas ou até repelente”. Desta forma, assim como outras doenças infectocontagiosas, a disseminação e impacto do Zika vírus está diretamente associada a desigualdades sociais e econômicas, senão vejamos.

O acesso a serviços de saúde reprodutiva é ainda mais difícil para aqueles que enfrentam a marginalização, o custo de métodos contraceptivos é alto e não há qualquer tipo de aceno para uma interpretação extensiva ao aborto em casos de Síndrome Congênita do Zika.

Tal consideração levanta preocupações relacionadas a Direitos Humanos. A mencionada orientação do governo na época ao atraso da gravidez veio desacompanhada da disponibilidade ou acesso à serviços contraceptivos que permitiriam às mulheres exercerem esse controle.

Além de contracepção, os governos devem garantir que mulheres, crianças com deficiências e seus responsáveis tenham suporte educacional, financeiro, de saúde, entre outras necessidades sociais. Todavia, a pesquisa da CRR constatou que a perspectiva dos direitos das crianças com deficiência era raramente considerada pelos governos, apesar do aumento das crianças nascidas com complicações relacionadas ao Zika.

A pesquisa supramencionada ainda auferiu que a falta de investimento do governo em estrutura de água e saneamento contribuiu para condições que aumentaram a proliferação dos mosquitos, aspecto este analisado anteriormente e verificada a discrepância entre as regiões do país. Neste sentido, um pesquisador da Fiocruz compartilhou que o melhor teste disponível para diagnóstico não está prontamente disponível no Brasil porque o país carece da infraestrutura necessária para administrá-lo.

Com relação à importância da informação para o Direito à Saúde ressaltada no início do trabalho, traçando um paralelo à epidemia do Zika vírus, de acordo com o relatório da CRR o direito a informações precisas e abrangentes inclui a busca, o recebimento e a transmissão de informações e educação sobre saúde reprodutiva. Como resultado da inexistência deste tipo de informação, 20% das adolescentes mulheres sexualmente ativas no Brasil não utilizam métodos contraceptivos e aproximadamente 55% de todas as gestações não são planejadas (ROZENBERG *et al*, 2013).

As informações divulgadas devem ser precisas, imparciais e baseadas em evidências para que as mulheres possam tomar decisões informadas sobre aspectos como gravidez e parentalidade (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2018). As informações também devem ser divulgadas de maneira prévia e inclusiva, o que implica que os estados devam garantir que as informações cheguem às populações mais pobres e marginalizadas, a fim de dissipar quaisquer rumores e equívocos que possam existir sobre o Zika e suas complicações.

O papel de cuidar de uma criança com necessidades especiais é ainda mais difícil em se tratando do perfil das famílias afetadas pela epidemia, mais vulneráveis socioeconomicamente, de modo que a inclusão social e acesso à mecanismos assistenciais são algumas de suas maiores preocupações. Neste sentido a Constituição Federal traz forte proteção às crianças e pessoas com deficiência, incluindo o direito à educação especial, locais públicos adequados, transporte acessível, além do Benefício de Prestação Continuada, pago mensalmente a famílias que possuem renda inferior a 25% do salário-mínimo. Esses benefícios e proteção especial são cruciais para uma resposta à epidemia do Zika, considerando o apoio expressivo demandado pelas famílias das crianças com deficiências relacionadas ao Zika (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2018).

Ainda, diante da patente desigualdade socioeconômica entre os estados da federação, vista inclusive pelos dados estatísticos trazidos neste trabalho, que leva a existir regiões significativamente mais afetadas do que outras, a delegação progressiva pelo governo federal da responsabilidade de controle do mosquito para os governos locais “destruiu o sistema de controle do vetor” (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2018).

Não obstante as considerações acima elencadas, as políticas públicas adotadas para o combate à epidemia do Zika Vírus pouco abarcaram a complexidade e dimensão da questão, trazendo medidas imediatistas e desacompanhadas dos meios adequados. Diante destes fatos, quando a política pública não se presta à efetivação do direito a que se compromete, não resta alternativa ao cidadão se não buscar o Poder Judiciário.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

As demandas perante o Poder Judiciário com reivindicações relacionadas ao direito à saúde tiveram início na década de 90, diante do contexto do HIV/Aids, em que as pessoas pleiteavam medicamentos e procedimentos médicos. Desde então, os pleitos se fundamentam, principalmente, no que dispõe a Constituição Federal sobre o direito à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União Federal, Estados e Municípios (VENTURA *et al.*, 2010).

De maneira geral, as análises acerca dos aspectos negativos da judicialização da saúde apontam que a intervenção do Poder Judiciário aumentaria as desigualdades no acesso à saúde, apresentaria ofensa ao princípio da igualdade, atendendo necessidades individuais ou de grupos determinados em detrimento de outros. Por sua vez, outros estudos apontam as deficiências e insuficiências do sistema de saúde e do sistema judiciário brasileiro em apresentar uma resposta satisfatória às novas e crescentes demandas de saúde, dentro de um contexto normativo que atribui obrigações legais amplas ao Estado brasileiro (VENTURA *et al.*, 2010).

Ventura aponta que as demandas judiciais buscam, portanto, aproximar o acesso aos meios materiais de efetivação do direito à saúde a sua concretude propriamente dita, tendo em vista ser o Estado brasileiro o responsável por prover, no âmbito individual e coletivo, os meios para o cuidado de todos os cidadãos e promoção do direito à saúde, como já elucidado neste trabalho.

Assim, ainda que apontada em determinadas análises como um problema, a judicialização da saúde, mais do que uma forma de efetivação do direito fundamental do indivíduo ou de determinada coletividade, revela principalmente deficiências e insuficiências do sistema de saúde brasileiro em responder de forma satisfatória suas responsabilidades sanitárias. Deste modo, a adoção da via judicial pela ausência ou deficiência da prestação estatal na rede de serviços públicos demonstra desafios de acesso à saúde em seu sentido mais amplo, podendo ser considerado como um recurso legítimo para a redução do distanciamento entre o *ser* e o *dever ser* (VENTURA *et al.*, 2010).

Angelica Carlini, de forma complementar, aponta como um dos fatores determinantes para o fenômeno da judicialização da saúde o impacto da notória ineficiência do sistema de saúde na esfera do poder judiciário, que não dispõe de aparato técnico nesta área, no sentido de se obter pareceres de especialistas nos casos em que é preciso aferir a necessidade e urgência da demanda. Face a esta conjuntura, o magistrado vê-se diante de um pleito por muitas vezes desacompanhado de um relatório médico detalhado e preciso, porém, sujeito a prolatar uma decisão favorável, diante da possibilidade de risco à vida do requerente.

Neste sentido, o pleito individual é visto por muitas vezes como uma solução democrática, porém, além de não necessariamente viabilizar o acesso ao serviço à camada mais vulnerável da população, atua de forma meramente paliativa, visto que não repercute na sociedade, não tem

o potencial de impulsionar ações ordenadas, com o atendimento da medida judicial, o processo simplesmente chega ao fim (CARLINI, 2010).

Desta forma, considerando que o ponto central dos conceitos trazidos de políticas públicas consiste no planejamento e em firmar diretrizes à Administração Pública a fim de que se garanta a aplicação e fiscalização correta das medidas que implementem direitos sociais, as sentenças judiciais em demandas individuais pouco contribuem com este objetivo (CARLINI, 2010).

3.3.1 ADI 5581

Como forma de exemplo da judicialização da saúde como recurso de aproximação dos meios de efetivação do direito à saúde, em 2016 a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581, cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionando as medidas adotadas pelo governo federal ao combate da epidemia do Zika Vírus, mais especificamente a Lei 13.301/2016. A ação tramita sob a relatoria da Ministra Carmen Lucia e possuía julgamento marcado para maio de 2019, mas foi adiado sem maiores explicações.

Os pontos atacados pela ADI 5581 correspondem em parte com a análise suscitada no trabalho, inclusive tiveram por base os mesmos relatórios internacionais, reivindicando entre outros aspectos a extensão do Benefício de Prestação Continuada e seus critérios de fixação para as famílias afetadas pela epidemia; o acesso a métodos contraceptivos reversíveis de longa duração e à educação sexual e planejamento familiar; disponibilidade de profissionais especializados na enfermidade, bem como equipamentos adequados para o diagnóstico próximo às áreas mais afetadas, incluindo o fornecimento de transporte para os locais de tratamento e monitoramento das crianças e suas famílias; e ainda, a interpretação extensiva ao aborto de feto anencéfalo aos casos de feto com Síndrome Congênita do Zika.

CONCLUSÃO

A epidemia do Zika vírus trouxe à tona falhas estruturais do Direito Sanitário brasileiro, mais do que isso, demonstrou que há uma gama de direitos relacionados às questões de saúde pública quando a política pública em saúde não é devidamente elaborada, tais como Direito à Moradia Adequada, à Água e Saneamento, à Saúde Reprodutiva, à Informação Inclusiva e Precisa, entre outros.

A vigilância e prevenção, a adoção de medidas prestacionais, a divulgação de informações precisas, o investimento nas estruturas básicas de saneamento e, principalmente, a consciência acerca do impacto das desigualdades socioeconômicas são aspectos essenciais a serem considerados pelos governos no combate às novas doenças e para a promoção do direito à saúde.

O papel do Direito é, portanto, de delimitar e orientar a ação da Administração Pública

no atendimento dos preceitos fundamentais que embasam o Estado Democrático de Direito e norteiam a Constituição Federal e, ainda, ao Poder Judiciário cabe hoje, de forma extraordinária, atuar em resposta à omissão da Administração em atender a estes comandos e fornecer os meios àqueles que buscam a efetivação de seus direitos básicos.

Neste sentido, para crianças nascidas com a Síndrome Congênita do Zika e suas famílias, o impacto da epidemia e a necessidade de serviços públicos e assistência irá perdurar durante todas as suas vidas. Trata-se de uma geração de crianças e famílias afetadas pela ineficiência do Estado em atuar como provedor e garantidor dos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando; BUJDOSO, Yasmin.; NASCIMENTO, Paulo Roberto do; DALLARI, Sueli Gandolfi. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, jul. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804>. Acesso em: 9 jan. 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v15i1p10-39>.

AITH, Fernando; DALLARI, Sueli Gandolfi. Vigilância em saúde no Brasil: os desafios dos riscos sanitários do século XXI e a necessidade de criação de um sistema nacional de vigilância em saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 94-125, out. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13165>. Acesso em: 9 jan. 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i2p94-125>.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. p. 32-43.

BRASIL. Conselho nacional de secretarias de saúde. **Para entender a gestão do sus: sistema único de saúde**. Brasília: CONASS, 2011. v. 1. Disponível em: https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_1.pdf. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**: Seção 1. Brasília, DF, ano 128, n. 182, p. 18055-18059, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 137, n.18, p. 1-6, 27 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade

na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 249, p. 25694-25695, 31 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 148, n. 123, p. 1-3, 29 jun. 2011, 1990c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da saúde. **Manual brasileiro de acreditação hospitalar**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. p. 5-15.

CARLINI, Angélica Lucía. A judicialização da saúde no Brasil e a participação política na construção de orçamentos. *In*: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

CARNEIRO, Júlia Dias. Para pioneira em ligar zika a microcefalia, Brasil está perdendo tempo e situação é 'de guerra'. **BBC NEWS Brasil**, São Paulo, 15 mar. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160314_pioneira_zika_microcefalia_jc_if. Acesso em: 14. jun. 2019.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **Unheard Voices: women's experiences with Zika**. [s.l.], 9 maio 2018. Disponível em: <https://reproductiverights.org/document/unheard-voices-womens-experiences-with-zika-in-brazil>. Acesso em: 16 out. 2019.

DALLARI, Suelli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatin, 2010.

ELLWANGER, Carolina; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A política pública da acreditação hospitalar: qualificação do direito à saúde. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 135-150, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9881/2016.v2i2.1562> Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/1562>. Acesso em: 9 jan. 2020.

GARCIA, Leila Posenato. **Epidemia do vírus zika e microcefalia no brasil: emergência, evolução e enfrentamento**. IPEA: Rio de Janeiro, 2018. (Textos para Discussão; 2368). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8282/1/td_2368.pdf. Acesso em: 14 jun. 2019.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2019**. São Paulo: GO Associados, 2019. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2019>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

MACIEL-LIMA, Sandra; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; DOMINGOS, Isabela Moreira. Direito fundamental à saúde: microcefalia e políticas sanitárias para combate do Zika Virus. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, p. 235-248, dez. 2018. ISSN 2238-0604. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i3.2972>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2972/2029>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MARINHO, Fatima et al. Microcefalia no Brasil: prevalência e caracterização dos casos a partir do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), 2000-2015. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, v. 25, n. 4, p. 701-712, out./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742016000400004>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222016000400701&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 jun. 2019.

PEREIRA, Felipe. **Médica que ligou zika à microcefalia diz que levou 2 meses para ser ouvida**. Uol. Campina Grande (PB). 12 fev. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/02/12/medica-que-relacionou-zika-a-microcefalia-levou-dois-meses-para-ser-ouvida.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ROZENBERG, Riva et al. Contraceptive practices of brazilian adolescents: social vulnerability in question. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 12, p. 3645-3652, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001200020&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16 de outubro de 2019.

SPAT, Gabrielli Machado; SUPTITZ, Carolina Elisa. O conceito de políticas públicas para o direito e a cultura como direito fundamental: sob o olhar da investigação acadêmica. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz. **Anais [...]**. Santa Cruz: UNISC, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13206>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997. 2 v.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100006>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16. out. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **One year into the Zika Outbreak**: how an obscure disease became a global health emergency. WHO, 5 mai. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/zika-virus/articles/one-year-outbreak/en/>. Acesso em: 16 out. 2019.

Como citar: SILVA, Mariana Tourinho e; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. Os desafios para implementação de políticas públicas em saúde no Brasil a partir do estudo de caso da epidemia do Zika Vírus. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 109-129, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 109. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 03/08/2020

Aprovado em: 01/09/2020

A PERSPECTIVA OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

THE OBJECTIVE DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO INHERITANCE

LA PERSPECTIVA OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A
LA HERENCIA

Raphael Rego Borges Ribeiro*

*Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. LLM Student na University of Ottawa. Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Oeste da Bahia.
E-mail: raphaelregobr@gmail.com

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 130. ISSN: 1980-511X

Resumo: Neste artigo, investigamos a perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. Usamos a metodologia civil-constitucional e o método dedutivo. Adotamos da teoria dos direitos fundamentais como marco teórico. Observamos as consequências da natureza constitucional da herança e destacamos a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Depreendemos que a herança compõe uma ordem de valores objetivos e direciona o comportamento dos poderes públicos. Concluimos que o art. 5º, XXX da Constituição é dotado de uma “mais-valia jurídica”, da qual decorrem (a) uma eficácia irradiante; (b) uma eficácia na esfera privada; (c) as garantias institucionais; (d) um dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e (e) a conformação e o procedimento da atividade estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, direito das sucessões, herança.

Abstract: In this paper, I investigated the objective perspective of the fundamental right to inheritance. I used the civil-constitutional law as methodology and the deductive method. I adopted the fundamental rights theory as theoretical framework. I noticed the consequences of the constitutional nature of inheritance and highlighted the double perspective of fundamental rights. I observed that inheritance is among an order of objective legal values, directing public powers' behavior. I concluded that the Constitution art. 5o, XXX has an added value, from which stem (a) a radiating effect; (b) effects in private relations; (c) institutional guarantees; (d) a general duty directed to the State; and (e) the conformation and the proceeding of state action.

Keywords: Fundamental rights, law of succession, inheritance.

Resumen: En este artículo investigamos la perspectiva objetiva del derecho fundamental a la herencia. Utilizamos la metodología civil-constitucional y el método deductivo. Adoptamos la teoría de los derechos fundamentales como marco teórico. Observamos las consecuencias del carácter constitucional de la herencia y destacamos la doble dimensión de los derechos fundamentales. Entendemos que la herencia forma un orden de valores objetivos y dirige el comportamiento de los poderes públicos. Concluimos que el art. 5, XXX de la Constitución está dotado de “valor agregado legal”, del cual resultan (a) una eficacia radiante; (b) efectividad en el ámbito privado; (c) garantías institucionales; (d) un deber general de efectividad asignado al Estado; y (e) la conformación y procedimiento de la actividad estatal.

Palabras clave: Derechos fundamentales, ley sucesoria, herencia.

INTRODUÇÃO

A herança deve ser estudada à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, uma vez expressamente inserida no rol do artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988. Desse modo, ao direito hereditário se reconhece uma dupla perspectiva decorrente da sua fundamentalidade: em primeiro lugar, a natureza de direito subjetivo individual; em segundo lugar, a caracterização como elemento objetivo fundamental da sociedade brasileira. Na presente pesquisa, investigaremos essa segunda perspectiva a partir da seguinte questão orientadora: quais são os desdobramentos do direito fundamental à herança em sua dimensão objetiva?

Nosso objetivo geral é identificar os principais aspectos da dimensão objetiva do direito fundamental à herança. Como objetivos específicos, em primeiro lugar observaremos as principais consequências da elevação da herança ao patamar de direito fundamental. Em segundo lugar, diferenciaremos as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Em terceiro lugar, observaremos o art. 5º, XXX da Constituição Federal como componente de uma ordem objetiva de valores no ordenamento brasileiro. Em quarto lugar, deduziremos os efeitos da “mais-valia jurídica” da herança decorrentes da sua natureza fundamental.

Para responder ao problema de pesquisa acima mencionado, utilizaremos o Direito Civil-Constitucional como metodologia. Em especial, procederemos à releitura deste tradicional instituto do Direito Privado à luz da Constituição Federal; semelhantemente, reconheceremos a força expansiva das normas constitucionais, particularmente dos direitos fundamentais, sobre todo o ordenamento infraconstitucional (em especial sobre as normas sucessórias). Adotaremos especificamente o método dedutivo, aplicando as premissas gerais da Teoria dos Direitos Fundamentais aos aspectos particulares pertinentes à herança. Fundamentaremos nossa argumentação em pesquisa de natureza bibliográfica na doutrina especializada. Teremos como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, bem como a teoria da eficácia dos direitos fundamentais desenvolvida no Brasil por Ingo Wolfgang Sarlet.

A justificativa remota para esta pesquisa é política: defendemos a existência de mais pesquisas em Direito das Sucessões no Brasil, para que este ramo deixe de ser doutrinariamente abandonado ou tratado como mero apêndice do Direito de Família. A justificativa imediata é técnico-jurídica: passados mais de 30 anos da elevação expressa da herança ao patamar constitucional, ainda são incipientes os esforços para estudar a matéria à luz da teoria dos direitos fundamentais – com a análise de importantes aspectos como titularidade, âmbito de proteção, núcleo essencial, limites, limites dos limites... Notamos que a doutrina civilista pouco sai do lugar-comum de argumentos superficiais em matéria constitucional; enquanto isso, a doutrina constitucionalista demonstra claro desconforto ao mencionar a questão hereditária, geralmente tangenciando em suas obras o art. 5º, XXX com alguns rápidos comentários mais ou menos acrílicos. Com isso, acabamos encontrando sobre o aspecto fundamental da sucessão *causa mortis* apenas referências à teoria da garantia dos institutos, aspecto que será mencionado no desenvolvimento deste artigo; desse modo, historicamente temos perdido uma oportunidade de efetiva releitura estrutural e funcional

da herança à luz da força normativa da Constituição. O tema precisa começar a ser verdadeiramente explorado, e nossa investigação é tanto uma iniciativa introdutória para preencher esse *gap* na literatura quanto um incentivo ao aprofundamento do tema por outros doutrinadores.

1 HERANÇA: DIREITO FUNDAMENTAL

A constitucionalização do Direito Civil tem, entre outras, uma dimensão formal, cujo primeiro aspecto se verifica pela inserção, no âmbito do texto constitucional positivo, de diversos institutos classicamente considerados de Direito Privado e tradicionalmente pertinentes à legislação infraconstitucional (FACHIN, 2015, p. 86). Em verdade, como consequência do caráter prolixo da Constituição Federal de 1988, os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos mais ou menos relevantes estampados no texto constitucional (BARROSO, 2008, p. 252). Observamos nesse fenômeno uma relação com aquilo que Norberto Bobbio (2004, p. 82-83) chamou de multiplicação dos direitos do homem¹, que tem como de seus fatores determinantes o aumento da quantidade de bens jurídicos considerados merecedores de tutela. Também há uma relação com a denominada “força expansiva dos direitos fundamentais”: o substrato das normas que os reconhecem é muito aberto; dessa forma, os direitos fundamentais tendem a se expandir por todo o ordenamento, resultando tanto na emergência de novos direitos quanto na renovação e no enriquecimento incessantes do conteúdo dos direitos clássicos (UBILLOS, 2008, p. 224).

O fenômeno acima descrito se verifica de modo geral em relação ao Direito Civil, e igualmente com o Direito das Sucessões de forma específica. Assim, na lista de direitos fundamentais atualmente consagrados, o artigo 5º, XXX estabelece que “é garantido o direito de herança”. Registramos que a elevação da herança ao patamar de direito fundamental expresso é uma inovação do constituinte de 1988. Anteriormente, ela só poderia no máximo ser deduzida como direito fundamental enquanto implícita no direito de propriedade; as exceções, tratadas de modo não uniforme por algumas Constituições anteriores, ficam por conta (a) da transmissibilidade hereditária dos direitos de autor; (b) do imposto de transmissão *causa mortis*; e (c) da sucessão de bens do estrangeiro situados no Brasil.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2008, p. 252), a ascensão de um elemento de direito infraconstitucional ao patamar constitucional resulta na mudança de qualidade da interação deste elemento com as demais normas daquele subsistema, passando a existir uma relação de subordinação destas em relação àquele; trata-se “da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria”. Significa dizer que o direito infraconstitucional como um todo (e o Direito das Sucessões de maneira essencial), bem como a atuação dos 3 poderes públicos, passou a ser informado pela existência de um direito fundamental à herança. Da mesma forma, compete à doutrina aplicar à herança, agora direito fundamental, a teoria dos direitos fundamentais. É parcialmente a esse esforço que nos dedicaremos neste artigo.

1 De nossa parte, usaríamos a expressão “direitos das pessoas”; empregamos a locução “do homem” por fidelidade à obra citada. Fica o registro da nossa preferência por uma linguagem mais inclusiva.

1.1 QUATRO OBSERVAÇÕES INICIAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Antes de efetivamente analisar a herança à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, devemos fazer quatro observações iniciais que nortearão o restante do nosso estudo. Em primeiro lugar, previamente a 1988, poderia se discutir a fonte constitucional do Direito das Sucessões de forma indireta, com base na família, na propriedade, na liberdade (no caso, de testar) ou simultaneamente em todas essas matérias já presentes nos textos constitucionais anteriores. Por mais que se mantenha sempre relevante o debate sobre o fundamento da herança, o fato é que hoje encontramos no artigo 5º, XXX da Constituição Federal a fonte direta do fenômeno sucessório positivado.

Em segundo lugar, a inclusão expressa desse direito no rol do artigo 5º da Constituição Federal tem como consequência a atribuição, pelo constituinte, da natureza de cláusula pétreia à herança. De acordo com o artigo 60, § 4º, IV do texto constitucional, eventuais emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais não serão objeto de deliberação. Consequentemente, o direito à herança não pode ser suprimido do ordenamento jurídico brasileiro enquanto vivermos sob a atual ordem constitucional. Tal constatação tem repercussões no debate sobre a funcionalização da herança.

Em terceiro lugar, consideramos que os titulares do direito previsto no art. 5º, XXX são tanto o sucedido quanto o sucessor. Conforme Murphy e Nagel (2003, p. 161), a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: o direito de transmitir a herança; e o direito de receber a herança. Analisando a estrutura sucessória dos Estados Unidos, dos demais países cujo regime jurídico é o *common law*, bem como dos países que aderem ao *civil law*, Shelly Kreiczler-Levy (2012, p. 497) conclui que nos três² sistemas a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe. Para ela, uma visão holística da herança requer que combinemos os interesses do *de cuius* e dos beneficiários, que estão ligados por um vínculo intergeracional materializado na transferência *post mortem* de propriedade. Por essa razão, aderimos aqui à tese da “dupla titularidade” do direito à herança, no sentido de que este é reconhecido a ambos os sujeitos do fenômeno sucessório, quais sejam, o sucedido e o sucessor.

Em quarto lugar, precisamos tomar muito cuidado ao interpretar o direito de herança garantido entre os direitos fundamentais. Não devemos adotar a visão estreita de que o artigo 5º, XXX da Constituição Federal deve ser lido à luz da herança enquanto instituto positivado infraconstitucionalmente no Código Civil. Conforme Tiago Ensterseifter (2005, p. 11) afirmou em contexto mais amplo, não podemos fazer a errada leitura no sentido código-constituição,

2 Aqui devemos fazer uma importante ressalva. Falamos em três sistemas porque, além do *civil law* e da *common law*, em matéria hereditária, devemos tratar separadamente os Estados Unidos em relação às demais jurisdições de *common law*. O regime sucessório norte-americano de modo geral direciona excessivo foco na noção de propriedade e da necessidade de organização de sua transferência após a morte do indivíduo. Mais preocupado com a noção de controle da propriedade durante a vida e para além da morte, trata-se de um sistema cujo princípio norteador é a autonomia, refletida na liberdade testamentária (TRITT, 2010, p. 280). Ali, as noções de solidariedade familiar são muito mais tímidas do que, de modo geral, no resto do mundo ocidental, inclusive no Brasil. Até mesmo as demais jurisdições de *common law* abrandaram os rigores da excessiva liberdade testamentária, com a adoção do instituto da *family provision*.

em detrimento da adequada leitura constituição-código. Semelhantemente, Gustavo Tepedino (2008a, p. 206) criticou a chamada “civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional”. Ainda nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino (2008b, p. 363) também já ressaltou a necessidade de se evitar o “equivoco de entender o processo hermenêutico como uma via de mão dupla (influência recíproca entre normas constitucionais e normas de hierarquia inferior)”, sob o risco de acabarem se eternizando “noções culturais ou consuetudinárias ultrapassadas, e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional, em favor de esquemas mentais misoneístas, construídos no passado e adotados de forma servil e acrítica pelo intérprete”. Para o referido autor, na medida em que a fundamentação hermenêutica é axiológica, e não lógica, “há de se manifestar necessariamente em um só sentido: são os valores constitucionais que devem impregnar cada julgado, ou cada núcleo legislativo, ou cada categoria do direito infraconstitucional” (TEPEDINO, 2008b, p. 364).

Devemos, então, interpretar o direito infraconstitucional como um todo, e o Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 em especial, à luz da Constituição (especificamente do direito fundamental à herança), e não o contrário. Nesse sentido, Pietro Perlingieri (2008, p. 574) já sustentava que a norma constitucional é a justificação da norma ordinária, que por sua vez deve se harmonizar com coerência e razoabilidade àquela. Assim, a herança que encontramos na Constituição é que deve conformar a noção de herança (em sentido amplo) que está codificada. Pelas razões acima mencionadas, discordamos do entendimento de Paulo Lôbo (2014, p. 39-41) que, por um lado, entende que a Constituição não protege a sucessão em geral, mas apenas a herança em sentido estrito, ou seja, o direito de quem é herdeiro (e não o de quem é legatário); e que a finalidade da norma constitucional é a proteção da sucessão legítima, cabendo à testamentária mera tutela infraconstitucional (inclusive quando disser respeito a herdeiros testamentários)³. Com esta afirmação, o referido autor está indevidamente delimitando o conteúdo de um direito fundamental com base em uma distinção feita pelo legislador (e não pelo constituinte)⁴. Ainda que aceitássemos uma interpretação literal (e já excessivamente restritiva) do artigo 5º, XXX da Constituição Federal, no sentido de que há uma proteção à herança, mas não ao legado, não há qualquer fundamento para incluir no âmbito de proteção desse direito fundamental apenas os herdeiros legítimos e não os testamentários. Afinal, se a família (base da sucessão legítima) é objeto de tutela constitucional, a liberdade (autonomia privada – no caso, testamentária) também o é (PRATA, 1982). Nesse mesmo sentido, devemos considerar que por meio da sucessão testamentária o testador pode praticar atos que consubstanciam a concretização direta de valores constitucionais, como por exemplo chamar à sua sucessão alguém indevidamente negligenciado pela legislação, como era o caso dos parceiros homossexuais na lamentável época em que o Direito de Família peremptoriamente rejeitava atribuir direitos a casais formados por pessoas do mesmo sexo (MONK, 2011, p. 231). Assim sendo,

3 Paulo Lôbo fundamenta essa última afirmação na proteção constitucional às pessoas físicas que tenham relação de parentesco ou família com o *de cuius*, bem como em razão dos valores sociais e de solidariedade familiar.

4 Cabe aqui a referência a Pietro Perlingieri (2002, p. 74), para quem “a legalidade constitucional impõe uma interpretação da norma ordinária ou de grau inferior, à luz dos interesses e dos valores constitucionalmente relevantes, de maneira que limitar-se à letra clara ou ao sentido próprio das palavras (é possível?) ou à intenção do legislador, passado ou presente, significaria colocar-se fora desta legalidade (...)”.

consideramos que a Constituição protege diretamente e amplamente todo o fenômeno hereditário.

1.2 A DUPLA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Os direitos fundamentais como um todo têm dupla perspectiva: são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva) e elementos objetivos fundamentais da sociedade (dimensão objetiva)⁵. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 110) menciona que podemos encontrar na doutrina as expressões “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo caráter” ou mesmo “dupla função”, sempre se referindo às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; o autor português critica, porém, a inconsistência com que os conceitos são usados. Nesse sentido, Vieira de Andrade (2001, p. 111) afirma que a distinção das dimensões é relevante para demonstrar que

os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.

Não entraremos no debate doutrinário a respeito de qual perspectiva deve predominar; para os fins aos quais se propõe a presente investigação, basta que analisemos as distinções entre elas. A herança, incluída no rol desses direitos, também possui cada uma dessas dimensões, e é necessário que as identifiquemos e compreendamos.

Para os fins desta pesquisa, referimo-nos à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais no sentido de estes serem entendidos, ressalvadas suas peculiaridades⁶, como direitos subjetivos. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 115) identifica dois aspectos na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Por um lado, o aspecto funcional refere-se ao reconhecimento da existência (e conseqüente busca de satisfação) de interesses próprios dos titulares. Ao mesmo tempo, o aspecto estrutural diz respeito à proteção intencional e efetiva desses interesses, proteção esta à qual corresponde o “poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 158), “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Ainda segundo o mencionado

5 A este respeito, mencionamos Daniel Sarmiento (2008, p. 105), que sucintamente afirma: “Deveras, os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política”.

6 As peculiaridades dos direitos fundamentais se referem à qualidade dos sujeitos passivos típicos, à multiplicidade de conteúdos, à variedade e complexidade estrutural, à diversidade funcional e à sujeição a diferentes regimes constitucionais; tudo isso os diferencia da generalidade dos direitos subjetivos típicos do Direito Privado (ANDRADE, 2001, p. 116).

autor, “desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito” (SARLET, 2015, p. 158). A intensidade dessa justiciabilidade, no entanto, varia de acordo com a normatividade de cada direito fundamental (SARLET, 2015, p. 160). Nosso marco teórico na questão, Ingo Sarlet, adota a tríplice divisão, proposta por Robert Alexy, dos direitos fundamentais (“posições jurídicas fundamentais”), em sua perspectiva subjetiva, em “direitos a algo”, “liberdades” e “competências” (ALEXY, 2015, p. 193)⁷. O artigo 5º, XXX se manifesta de diversos modos, dentre os quais mencionamos ilustrativamente, (a) um direito de defesa (e.g., proteção contra o confisco da herança); (b) um direito a prestações normativas (dever estatal de criação de normas que regulamentem a sucessão hereditária); (c) a competência e a liberdade para fazer testamento. Apesar da evidente importância da perspectiva subjetiva do direito fundamental à herança, o presente artigo não se debruçará sobre ela; focar-nos-emos exclusivamente na perspectiva objetiva.

A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem, com certo consenso, a existência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, para além da tradicional perspectiva subjetiva. Sob este prisma objetivo, por um lado, os direitos fundamentais constituem a estrutura básica da ordem jurídica, sendo um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos (SARLET, 2015, p. 149). Isso significa que a atuação do Estado (e aqui nos referimos ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário) não mais é apenas limitada por estas normas, mas também direcionada por elas (SARMENTO, 2008, p. 106). Por outro lado, a dimensão objetiva também implica a outorga de funções e conteúdos normativos autônomos aos direitos fundamentais, que transcendem sua perspectiva subjetiva – “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 150). Os principais desenvolvimentos acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se deram após o advento da Lei Fundamental alemã de 1949. Em 1958, o *Bundesverfassungsgericht* (a Corte Constitucional da Alemanha) proferiu decisão no caso *Lüth*, consignando que os direitos fundamentais, para além de atuarem como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, funcionam também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2015, p. 149).

Nas próximas seções, entenderemos primeiramente de que forma a herança atua entre os valores objetivos básicos do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente dirigindo a atuação dos poderes públicos; e, na sequência, quais funções e conteúdos normativos autônomos decorrem do direito fundamental à herança. Aqui adotamos duas ressalvas feitas por Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 151) para a adequada compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, não devemos estabelecer uma correspondência entre normas-regra e a perspectiva subjetiva, ou entre normas-princípio e a perspectiva objetiva⁸. Em segundo lugar,

7 Recomendamos também a leitura da obra de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 537-540).

8 Canotilho (1993, p. 534) se manifesta no mesmo sentido.

devemos distinguir os dois aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: por um lado, a ordem de valores fundamentais objetivos; por outro lado, a mais-valia jurídica (no sentido de reconhecimento de efeitos jurídicos que transcendem a dimensão subjetiva); essa é a lógica que seguiremos ao tratar das temáticas.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA ENQUANTO COMPONENTE DE UMA ORDEM DE VALORES FUNDAMENTAIS OBJETIVOS

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 151), na medida em que os direitos fundamentais incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, eles devem ter sua eficácia valorada não apenas sob uma perspectiva individualista, mas também sob o ponto de vista social, ou seja, da comunidade em sua totalidade. Isso significa que, uma vez que qualquer direito fundamental cuida de valores e fins que a sociedade deve respeitar e concretizar, ele não deve ser analisado exclusivamente com base no ponto de vista da pessoa individualmente considerada, mas também sob a perspectiva social, isto é, da comunidade como um todo. Consequentemente, Sarlet (2015, p. 152) conclui que “parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais”. Segundo o referido autor, daí decorrem duas consequências: primeiramente, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais em razão do prevalente interesse da comunidade; ademais, ela é um fator de limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, todavia sempre preservando o seu núcleo essencial⁹.

Uma análise apressada do direito à herança leva à conclusão de que se trata de um direito exclusivamente individual e subjetivo, que interessa somente àquelas pessoas que se encontram diretamente envolvidas no fenômeno hereditário; contudo, tal afirmação deve ser rejeitada. O direito à herança é funcionalizado também a outros valores, tanto familiares quanto sociais. Afinal, se o direito à herança é um dos valores objetivos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, a comunidade como um todo tem seus interesses tutelados quando se assegura o instituto da sucessão *causa mortis*. Como Carmem Lúcia Silveira Ramos (1996, p. 155) já havia acentuado há quase um quarto de século, atualmente “é difícil encontrar um interesse privado completamente autônomo, independente, que possa ser exercido com exclusão do interesse público ou coletivo”, ou seja, “é difícil sustentar que um interesse é exclusivamente particular, no sentido oitocentista do termo, conforme consagravam as codificações de direito civil, inclusive a brasileira”. Aderimos aqui também ao pensamento de Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.228), para quem “se o Direito Privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidade para resolver problemas complexos”. Ao mesmo tempo, com Perlingieri (2008, p.680), entendemos que no ordenamento jurídico vigente não existe

9 Para um estudo específico sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que foge ao objeto da presente investigação, remetemos o leitor à obra de Virgílio Afonso da Silva (2006), “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”.

direito subjetivo que se destine exclusivamente aos interesses individuais do seu titular; “o que há é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.

Pelas razões acima mencionadas, não podemos reduzir a função da herança à tutela dos interesses dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno hereditário, em especial do sucessor. Aderimos então à doutrina de Jens Beckert (2007, p. 84-86). Este autor, estudando os discursos sobre herança e o desenvolvimento do Direito das Sucessões na França, na Alemanha e nos Estados Unidos, notou 4 esferas que dominam os debates sobre o fenômeno sucessório: seus efeitos em relação à família; seus efeitos econômicos; sua relação com os valores sociais; e suas consequências políticas. Para o doutrinador alemão, a interação dessas esferas influencia no desenvolvimento institucional do Direito das Sucessões em cada país. Quanto à relação entre herança e família, Beckert ressalta a solidariedade familiar, a formação da identidade e os conflitos familiares suscitados por disputas sucessórias. Sobre os efeitos econômicos, Beckert menciona tanto a importância da acumulação intergeracional de patrimônio para a formação do capital, notadamente nas sociedades em desenvolvimento, quanto o impacto negativo da concentração de riqueza. A respeito dos valores sociais, Beckert relaciona o confronto entre os valores de igualdade e liberdade, bem como a perpetuação da distribuição da riqueza e os consequentes impactos nas oportunidades individuais. Por fim, sobre a interferência da herança na política, Beckert aborda discussões sobre como a concentração de riqueza pode tornar o poder econômico uma ameaça à democracia pluralista.

Ressaltamos ainda a afirmação de Daniel Sarmento (2008, p. 108) no sentido de que certas limitações aos direitos fundamentais são justificadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em prol dos interesses da coletividade. Sarmento aduz que, sempre respeitando o núcleo essencial e a proporcionalidade, pode haver restrições ao âmbito dos direitos fundamentais, conformando-os às necessidades coletivas. Por outro lado, para Sarmento, isso não significa que o direito fundamental deva ser funcionalizado, “numa postura organicista e antiliberal”, aos interesses da coletividade; o que ocorre é que o direito fundamental deixa de ser analisado sob uma visão individualista abstrata e impalpável, mas centrada no ser humano concreto e situado (SARMENTO, 2008, p. 123). Com base nessas premissas, deduzimos que a herança não pode ser tratada como um direito subjetivo ilimitado; acreditamos que o seu exercício está condicionado pelos interesses de toda a sociedade, dentre os quais destacamos os mandamentos constitucionais de solidariedade e de redução das desigualdades sociais. Devemos considerar, de um lado, que há farta doutrina reconhecendo que a transmissão intergeracional de patrimônio contribui para o aumento da concentração de riqueza¹⁰. Em contraste, temos de levar em conta que a herança tem a intangibilidade da cláusula p etra e um núcleo essencial que não pode ser atingido, o que torna inservíveis as posições doutrinárias favoráveis à abolição ou à restrição severa do direito sucessório. Por essas razões, entendemos ser necessária uma reflexão aprofundada sobre a estrutura

10 Por todos, recomendamos: Mark Ascher (1990); Marcos Catalan (2010); Nathália Daniel Domingues (2017); Daniel Halliday (2018); LJ Kotlikoff e LH Summers (1981); Liam Murphy e Thomas Nagel (2003); Thomas Piketty (2014); Aluizio Porcaro Rausch (2016); Harlan Eugene Read (1918).

da sucessão *causa mortis*, com uma releitura – tanto limitadora quanto impulsionadora – do seu perfil funcional e o consequente desenvolvimento de uma teoria sobre a função social da herança.

Retornando à doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 152), notamos que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a eficácia dirigente destes em relação aos órgãos estatais; estas normas contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. Esta ordem não se confunde nem afasta a existência das normas de direitos fundamentais de caráter impositivo – aquelas que impõem ao legislador a concretização de tarefas, finalidades ou programas. Dessa forma, o Estado deve dirigir a sua atuação para permanentemente concretizar e realizar o direito fundamental a herança. É evidente que o primeiro passo para tanto é a estruturação de um regime legal da sucessão hereditária, isto é, a definição de quem é sucessor e em que bens e direitos essa pessoa é chamada a receber. Porém isso por si só não é o bastante. O estatuto jurídico da herança deve ser compatível com os valores objetivos decorrentes deste direito fundamental. Nesse sentido o Estado tem o dever de adaptar a vocação hereditária legal às emergentes demandas sociais, familiares e tecnológicas. Dessa maneira, por um lado, em matéria familiar identificamos que tal tarefa foi observada com a regulamentação legal dos direitos sucessórios decorrentes da união estável, demanda há muito existente na sociedade brasileira; apesar disso, notamos que a rígida e abstrata ordem de vocação hereditária constante no art. 1829, I do Código de 2002 é potencialmente insuficiente para atender adequadamente às diversas estruturas já admitidas em nosso ordenamento, como as famílias anaparentais e as famílias reconstituídas, além de contextos íntimos disruptivos como arranjos poliafetivos e outras relações não-normativas de afeto, cuidado e dependência. Por outro lado, percebemos uma problemática inércia legislativa quanto à adaptação da sucessão *causa mortis* às novas tecnologias; a título exemplificativo, não temos leis dispendo sobre os testamentos eletrônicos nem regras sobre a transmissibilidade sucessória dos bens digitais, cuja própria essência requer um tratamento que fuja à lógica mobiliária/imobiliária do Código Civil atual, especialmente em relação à diferença entre os *digital assets* de natureza existencial ou patrimonial.

Por outro lado, uma vez que a sucessão também pode se dar por ato de última vontade, a concretização e realização do direito à herança, manifestado enquanto a liberdade/competência fundamental de fazer testamento (RIBEIRO, 2020), envolve o adequado tratamento jurídico dado às manifestações de última vontade. Isso demanda, em primeiro lugar, a diminuição formalidades testamentárias; afinal, podemos considerar que o excesso de solenidades encarece, dificulta e consequentemente desestimula o ato de testar. Daí também decorre a necessidade de um menor rigor em relação a eventuais vícios formais; invalidar toda a manifestação de última vontade em razão da forma, por si só, é uma violação ao direito fundamental (a) de testar; e (b) à herança daqueles que se tornaram sucessores por força do testamento. Por fim, também entendemos como um aspecto garantidor dos interesses tanto do testador quanto dos sucessores testamentários a existência do Registro Central de Testamentos On Line (RCTO), ligado à Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC). Atualmente, o provimento 56/2016

da Corregedoria Nacional de Justiça, estabelece a obrigatoriedade de consulta ao RCTO, pelo juiz do inventário ou pelo tabelião responsável pelo inventário administrativo. Tal medida visa a diminuir a quantidade de testamentos que não são cumpridos por desconhecimento ou má-fé dos interessados.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 153) defende, ainda, que, enquanto componentes de uma ordem objetiva de valores, os direitos fundamentais servem também como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Estado. O próprio autor reconhece que tal afirmação se encontra “no terreno da obviedade”, na medida em que toda norma constitucional pode servir de parâmetro de validade das normas e atos infraconstitucionais. Identificamos uma dupla eficácia do direito constitucional à herança quanto à validade do ordenamento infraconstitucional. Em primeiro lugar, eficácia derogatória, “entendida como recusa de fundamento de validade a qualquer norma anterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p. 98). Em segundo lugar, o direito fundamental à herança tem eficácia invalidante, “responsável pela nulidade de qualquer norma posterior à Constituição, que lhe seja contrária” (GOMES, 2015, p. 98). Quanto à eficácia derogatória, ilustrativamente entendemos que a proibição de sucessão de cônjuge estrangeiro em terrenos de marinha¹¹ não foi recepcionada pela Constituição de 1988; simplesmente não há qualquer fundamento constitucional que justifique essa norma limitadora do direito fundamental à herança do cônjuge estrangeiro¹². Como exemplo da eficácia invalidante do direito fundamental à herança, compreendemos como inconstitucionais normas que, sem fundamento compatível com a Constituição, privem determinado sujeito do seu *status* de herdeiro. É nesse sentido que sustentamos a evidente inconstitucionalidade (a) da ordem de vocação hereditária que invisibiliza relações de afeto, cuidado e dependência mantidas pelo *de cuius* que não se encaixam, nem por analogia, no modelo tradicional de família; e (b) da nulidade do benefício testamentário em favor do concubino do testador casado. Contudo, tais temas merecem investigações próprias e que, portanto, não será aprofundado aqui.

3 A MAIS-VALIA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA

Para além da composição de uma ordem objetiva de valores, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais também se relaciona com a sua caracterização como um reforço ou complementação da eficácia normativa dessas normas – uma “mais-valia” jurídica (SARLET, 2015, p. 153). Aqui estamos tratando do desenvolvimento de novos conteúdos normativos para os direitos fundamentais, potencialmente autônomos em relação à dimensão subjetiva, mas nem por isso destituídos de exigibilidade pela via judicial. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 111) se refere a esta característica como um “complemento e suplemento da dimensão subjectiva”, denominando-a também “dimensão objetiva em sentido funcional” (ANDRADE, 2001, p. 138).

11 Artigo 18, § 2º do Decreto-lei 3.438 de 1941.

12 Ainda mais se se tratar de estrangeiro residente no Brasil, na medida em que a eles são expressamente assegurados, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros – inclusive o direito à herança.

De todo modo, podemos identificar cinco desdobramentos desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais: (a) a sua eficácia irradiante; (b) a sua eficácia na esfera privada; (c) as garantias institucionais; (d) o dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e (e) a conformação e o procedimento da atividade estatal.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 153), o primeiro desdobramento desta “mais-valia jurídica” dos direitos fundamentais, decorrentes de sua dimensão objetiva, é a sua eficácia irradiante (em alemão, *Ausstrahlungswirkung*); em outras palavras, os direitos fundamentais, “na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais”. Nesse contexto, na esteira de Pietro Perlingieri (2002, p. 05), devemos lembrar que o ordenamento jurídico é unitário; conseqüentemente, ao analisarmos as controvérsias, não devemos levar em consideração apenas o artigo legal que aparentemente as contém e resolve, porém todo o ordenamento jurídico e particularmente os seus princípios fundamentais. Conforme Daniel Sarmento (2008, p. 124), as atuações do Legislativo, da Administração Pública e do Judiciário são impulsionadas e direcionadas pelos valores que lastreiam os direitos fundamentais; conseqüentemente, a ordem jurídica é humanizada, pois o operador do direito deverá sempre, antes de aplicar as normas jurídicas, reexaminá-las à luz do tecido constitucional, em especial da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça substancial. Aqui identificamos substancialmente a importância do fenômeno designado “filtragem constitucional”; o aplicador do direito deve adotar uma postura voltada à promoção da Constituição (e em especial dos direitos fundamentais), ainda que esteja aplicando uma legislação infraconstitucional editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário (SARMENTO, 2008, p. 125). O intérprete deve, então, seguindo os parâmetros acima mencionados, aplicar o direito sucessório infraconstitucional levando em consideração a existência também de um direito fundamental à herança. Tal direito fundamental também goza de eficácia direta, no sentido de dever ser aplicado “tanto quanto possível, mesmo sem alguma interposição do legislador constituído” (GOMES, 2015, p. 98). Por conta disso, por exemplo, entendemos que, em matéria de reprodução assistida póstuma, negar direitos hereditários à prole concebida *post mortem*, com fundamento na inexistência de previsão legislativa nesse sentido, é uma clara violação do direito fundamental desses filhos; semelhantemente, resolver a questão aplicando acriticamente o *droit de saisine*¹³ é promover o texto da lei¹⁴ em detrimento da Constituição.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais está intimamente relacionada com a questão de sua eficácia na esfera privada¹⁵; a ideia básica é a de que eles não são apenas oponíveis aos poderes

13 Código Civil de 2002, Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Código Civil de 2002, Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

14 Texto legal este que, embora promulgado em 2002, ignorou a então já existente hipótese, possibilitada pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, de filhos biológicos do autor da herança concebidos após a sua morte.

15 Tanto que Vieira de Andrade (2001, p. 141-142) estuda ambos os desdobramentos conjuntamente; o autor português reconhece, entretanto, que “não se pode limitar a irradiação e a eficácia externa dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, que estes fenômenos, a existirem, se hão-de forçosamente repercutir em toda a ordem jurídica, designadamente no direito administrativo, substantivo e procedimental, bem como no direito criminal e no direito

públicos, mas também aos sujeitos privados (SARLET, 2015, p. 154). Isto vem sendo estudado como eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Reconhecendo o extenso debate doutrinário a respeito da existência e da forma dessa eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para os fins a que se propõe o presente artigo, e em coerência com a metodologia civil-constitucional, adotamos a perspectiva de Daniel Sarmento (2008, p. 245), segundo quem “existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”¹⁶. Quando falamos em vinculação direta, referimo-nos ao fato de que ela independe de intervenção legislativa, ou seja, de uma norma infraconstitucional que regulamente o modo pelo qual o particular, em suas relações, deve respeitar os direitos fundamentais¹⁷.

Uma hipótese em que podemos verificar a incidência do direito fundamental à herança nas relações entre particulares é a sucessão forçada em favor de determinadas pessoas que mantinham vínculo qualificado com o *de cuius*. Com base no artigo 5º, XXX da Constituição Federal e na solidariedade familiar – que por sua vez decorre tanto do dever constitucional de solidariedade quanto de a família ser a base constitucional da sociedade –, de fato entendemos que a algumas pessoas devem ser reconhecidos direitos sucessórios intangíveis sobre o patrimônio alheio, dos quais somente em casos excepcionais podem ser privadas. Dessa forma, reconhecemos fundamento constitucional para, em casos de extrapolação da parte disponível, a invalidade da doação¹⁸ e a possibilidade de redução das disposições testamentárias¹⁹. Os direitos fundamentais dos sujeitos da sucessão interagem entre si; os interesses do sucedido conformam os do sucessor, e a recíproca é verdadeira. Com a sucessão forçada, o poder de disposição da propriedade a título gratuito, de que goza o sucedido, é quantitativamente restringido pelo direito fundamental à herança de certas pessoas que são qualificadas como sucessoras em razão de guardarem um vínculo especial de proximidade e dependência com ele.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 154), igualmente decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a figura jurídica das garantias institucionais, no sentido de “determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”²⁰. Conforme José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 139) leciona, determinados setores (econômicos, sociais ou administrativos) processual”.

16 O autor continua: “Não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas”. O referenciado livro de Daniel Sarmento (2008) é uma das obras essenciais sobre o assunto no Brasil, ficando aqui a nossa recomendação para o leitor interessado especificamente nos fundamentos que levaram à posição adotada, por Sarmento e pela presente investigação, na discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

17 Assim como Juan María Bilbao Ubillos (2008, p. 232), entendemos como falsa a contraposição entre eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais. Nesse sentido, ao admitirmos que os direitos fundamentais têm vigência imediata nas relações entre particulares, obviamente não estamos excluindo a eficácia desses direitos através da legislação infraconstitucional.

18 Código Civil de 2002, Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

19 Código Civil de 2002, Art. 1.967, *caput*. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

20 Sarlet exclui de sua abordagem as garantias institucionais não fundamentais, bem como os direitos-garantia (que assumem feição típica de direito subjetivo, sem prejuízo de uma eventual e por vezes secundária dimensão institucional).

são regulamentados por um conjunto jurídico-normativo; a Constituição então reconhece esses institutos ou instituições, assegurando-lhes proteção especial quanto à sua essência e aos seus traços característicos. Isso não significa que inexista liberdade de conformação legislativa. O que ocorre, na verdade, é que ao legislador é vedada a destruição, a descaracterização ou a desfiguração dessa instituição – contrário fosse, haveria uma violação ao núcleo essencial do direito fundamental estabelecido pela garantia institucional (ANDRADE, 2001, p. 141). No caso da herança, percebemos imediatamente a função limitadora do artigo 5º, XXX da Constituição Federal; o próprio dispositivo constitucional diz que tal direito é garantido. Dessa forma, salta aos olhos a existência de uma garantia constitucional ao instituto jurídico da herança; a transmissão intergeracional de riqueza não pode ser abolida por ação do legislador infraconstitucional. Por essa razão, a doutrina de modo geral tem certa facilidade em reconhecer o artigo 5º, XXX da Constituição Federal como uma garantia do instituto da herança. Assim, a título de exemplo, podemos mencionar Ana Luiza Maia Nevares (2008, p. 619-620), para quem o referido dispositivo constitucional tem como objetivo “impedir que a sucessão mortis causa seja suprimida do nosso ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte”.

Novamente devemos rejeitar uma análise apressadamente reducionista. Na doutrina encontramos afirmações como a de Roberta Drehmer de Miranda (2009, p. 13), segundo quem “não veio a Constituição de 1988 regular o direito civil em lugar da legislação ordinária, ou tornar o direito civil constitucional, mas tão-somente dar segurança jurídica à própria existência de tais institutos (resguardando-os de eventual arbítrio do legislador)”. Contudo, Pietro Perlingieri (2008, p. 571) afirma que, apesar de ser inegável o reconhecimento de que as normas constitucionais estabelecem limites às ordinárias, não podemos tomar esta como a única função dos preceitos fundamentais²¹. Dessa forma, não podemos entender, de forma simplista, que impedir a abolição da sucessão *causa mortis* é a única função do artigo 5º, XXX da Constituição. De forma semelhante, Felipe Lima Gomes (2015, p. 87-88) critica tentativas doutrinárias de reduzir o direito fundamental à herança a apenas uma garantia do instituto. Para o referido autor, a teoria das garantias do instituto não pode erodir a força normativa dos direitos fundamentais, que devem, tanto quanto possível, ser classificados como direitos subjetivos. Do mesmo modo, ele ainda afirma que a força jurídica do direito à herança vai além de impor limites à atuação estatal, servindo de base inclusive para a restrição a outros direitos fundamentais – a exemplo do artigo 496, *caput* do Código Civil de 2002, que restringe o poder de disposição do proprietário de forma a proteger os interesses dos seus eventuais herdeiros²² (GOMES, 2015, p. 88). Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais decorre a atribuição, ao Estado, de um dever geral de efetivação, que por sua vez serve de base para o reconhecimento de deveres estatais de proteção (*Schutzpflichten*). Ao Estado “incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não

21 Perlingieri então se refere à existência de uma função promocional das normas constitucionais, para além da função limitadora da legislação infraconstitucional.

22 Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e ate mesmo de outros Estados” (SARLET, 2015, p. 155)²³. Dessa forma, o Estado deve adotar medidas, de natureza diversa, visando notadamente a proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais²⁴. Encontramos em Felipe Lima Gomes (2015, p. 52) dois exemplos de como o legislador cumpre o seu dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança. O primeiro exemplo é a causa suspensiva do artigo 1.523, I do Código Civil de 2002. De acordo com esta norma, a pessoa viúva não deve casar, se tiver filho do cônjuge falecido, enquanto os bens do casal não forem inventariados e partilhados entre os herdeiros. O legislador evita, assim, que a nova relação conjugal do cônjuge supérstite cause confusão patrimonial e eventual prejuízo ao direito fundamental à herança dos demais sucessores do falecido. O segundo exemplo é o artigo 168, § 1º do Código Penal, que aumenta em um terço a pena do agente que pratica apropriação indébita na condição de inventariante ou testamenteiro²⁵. Da nossa parte, considerando a perspectiva do sucedido, entendemos que um exemplo de proteção quanto ao seu interesse na herança é a exclusão por indignidade daquelas pessoas que, por violência ou fraude, atentaram contra a sua liberdade de testar²⁶. Do mesmo modo, esse interesse também deve ser considerado como um dos fatores relevantes (apesar de não o único) do desenho normativo da sucessão legítima; a vontade presumida do morto é um dos critérios orientadores das escolhas legislativas na estruturação da sucessão *ab intestato*.

Do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, decorre também o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), “nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*” (ANDRADE, 2001, p. 144). Nesse sentido, o legislador é obrigado a promover os direitos fundamentais²⁷; semelhantemente, “toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional” (SARMENTO, 2008, p. 107). Obviamente, a resposta legislativa clássica para a promoção do direito à herança é a inclusão de um livro do Direito das Sucessões no Código Civil. Entretanto, a simples positivação não é suficiente; conforme mencionado, devemos questionar se existe um nível mínimo adequado de proteção a esse direito. Uma análise crítica da atual codificação revela uma terrível inadequação da legislação civil em relação a diversos aspectos do fenômeno hereditário. A título ilustrativo, (a) do ponto de vista do sucedido, sua liberdade de

23 Este dever também se relaciona simultaneamente com a noção dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela e com o monopólio estatal do exercício da força. Na medida em que a autotutela privada é ordinariamente vedada, compete ao Estado proteger os indivíduos contra violações e ameaça de violações aos seus interesses, advindas do Estado ou de outros indivíduos.

24 Na esteira de Vieira de Andrade (2001, p. 143), temos de reconhecer que o Estado sempre atuou (ao menos em tese) para proteger certos bens jurídicos, tanto com base na criminalização de condutas antissociais quanto com a proteção dos seus nacionais em relação a outros Estados. Contudo, a ideia que este papel se relaciona à efetivação das normas de direitos fundamentais é relativamente recente.

25 O mencionado autor reconhece que a legislação penal referida é anterior à Constituição de 1988, mas defende que, de todo modo, a norma infraconstitucional destacada cumpre o dever de proteção em relação ao direito fundamental à herança; posição essa com a qual concordamos.

26 Código Civil de 2002, art. 1814, III.

27 De acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 115-116), “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário. (...) o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de proteção dos direitos fundamentais – se necessário, até mesmo por um ato do legislador, nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito”.

testar é sufocada pelo desnecessário excesso de solenidades legais e pelo rigor como os vícios formais são tratados; (b) a herança forçada, que envolve aspectos substanciais de ambos os sujeitos da sucessão, é regulamentada de forma excessivamente abstrata, sem levar em consideração a extensão do patrimônio hereditário nem a (in)existência concreta de constitucionalmente legítimos interesses dos herdeiros; (c) do ponto de vista do sucessor, a obsessiva busca por segurança e eficiência faz com que a vocação hereditária inclua pessoas que não deveriam ser chamadas à sucessão e exclua pessoas que, ao revés, deveriam ser chamadas²⁸. Do mesmo modo, com base no dever de proteção atribuído especificamente ao legislador em relação ao direito fundamental à herança, compreendemos ainda que a existência da sucessão testamentária não pode ser vista como mecanismo suficiente para suprir as graves falhas na estruturação subjetiva e quantitativa da sucessão *ab intestato*. Conclusivamente, em todos esses casos mencionados, a proteção existe, todavia se revela insuficiente para promover a devida proteção do direito à herança, inserido no contexto axiológico constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 156) menciona como derradeiro desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a função de “parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento”. Tipicamente existem os direitos fundamentais a um procedimento (também chamados procedimentais), como, por exemplo, o direito ao *habeas corpus* ou ao *habeas data*, dos quais não estamos aqui tratando em relação à perspectiva objetiva. Para além deles, reconhecemos que a concretização e o exercício de direitos fundamentais (isto é, a efetivação do seu conteúdo material) demanda uma formatação de organizações e procedimentos que lhe sirvam de auxílio. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 146-147) distingue direitos fundamentais dependentes de um procedimento (o seu exercício só é faticamente possível através de uma organização e segundo um procedimento); direitos sujeitos a um procedimento (a rigor, seu exercício não é impossível sem procedimentos, contudo a Constituição ou a lei os exigem); direitos fundamentais de cunho procedimental (“direitos ou faculdades cujo exercício ou cumprimento impliquem a participação de outrem, em especial quando sejam direitos a prestações, que não são pensáveis sem uma organização e um procedimento, ainda que estes possam ser de dimensão e intensidade muito diversas”); e direitos fundamentais afetados por um procedimento, administrativo ou judicial (como o direito à propriedade perante um procedimento de expropriação). Em qualquer desses casos, os direitos fundamentais impõem que as normas organizacionais e procedimentais sejam “conformadas no sentido de assegurar o exercício ou a efetividade desses direitos ou, pelo menos, em termos que ponderem os valores jusfundamentais em causa” (ANDRADE, 2001, p. 148).

O modelo sucessório adotado no Brasil faz com que a herança seja um direito fundamental sujeito a um procedimento – qual seja, o inventário, com a posterior partilha – e que, por isso, requer a criação e organização de um aparelho estatal para tanto. Nosso Código Civil adota o *droit*

28 E aqui reiteramos o necessário questionamento feito por Roxana Borges e Renata Dantas (2017, p. 74): “esse sistema normativo do Direito Sucessório brasileiro, conforme se apresenta atualmente no Código Civil em vigor, é adequado à proteção das pessoas que estejam em situação de dependência econômica para com o de cujus ou em situação de vulnerabilidade econômica?”

de saisine, o que significa que a transmissão *mortis causa* da posse e da propriedade do acervo hereditário se opera de forma automática com a morte, independentemente de qualquer ato ou formalidade para isso²⁹; não sendo faticamente impossível sem o inventário, o direito à herança não é dependente de um procedimento, nos termos descritos no parágrafo anterior. Ocorre que o mesmo modelo também considera a herança um todo indivisível até ser partilhada, aplicando-se a ela as normas pertinentes ao condomínio³⁰. O sistema é totalmente direcionado para que a partilha ocorra, judicialmente (em regra) ou extrajudicialmente (preenchidos os requisitos para tanto), o que sujeita o direito fundamental ao já mencionado procedimento do inventário.

Assim, o Estado deve disciplinar o procedimento que possibilita que a herança seja partilhada, o inventário. Também deve criar, organizar e manter a estrutura em que esse procedimento ocorrerá: seja o órgão jurisdicional com competência para matéria de Sucessões, seja os Tabelionatos em que se lavram partilhas extrajudiciais. Ocorre que o Estado não tem o dever de simplesmente criar esses órgãos e procedimentos relacionados à herança. É também dever do Estado zelar para que o esquema organizacional e procedimental por ele arquitetado adequadamente assegure o exercício de tal direito fundamental³¹. Assim, a simplificação procedimental nos casos de arrolamento é um exemplo de tentativa, da parte do legislador, de facilitar a concretização deste direito constitucional. No mesmo sentido, a possibilidade de levantamento de valores indicados em alvará judicial, independentemente de arrolamento, nas hipóteses previstas na lei 6858/1990³² – diploma normativo cuja revogação, sem fundamento constitucional relevante ou substituição por normativa semelhante, significaria inconstitucionalidade em decorrência de claro retrocesso social. Por outro lado, na medida em que temos como notória a morosidade das varas competentes para processar e julgar os inventários, inevitavelmente reconhecemos nesse cenário o péssimo papel do Judiciário na efetivação do direito à herança.

Importante notarmos, todavia, que aos poucos caminhamos para uma “desinventarização” da sucessão *causa mortis*. Já em meados da década de 1980 John Langbein (1984) mencionava uma revolução no Direito das Sucessões (batizada por ele de *nonprobate revolution*), com o advento de mecanismos para evitar a necessidade de se passar pelo processo de inventário, aos quais a doutrina costuma se referir como “substitutos dos testamentos”³³. A legalidade de tais mecanismos no Brasil é questionável e merece estudo próprio; entretanto, a sua introdução no ordenamento jurídico nacional configurará uma desprocedimentalização do direito fundamental à herança.

29 Por essa razão, a partilha tem natureza declaratória, não constitutiva: a partilha não transmite propriedade, ela reconhece uma transmissão que já se operou desde a abertura da sucessão.

30 Código Civil de 2002, Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

31 A simplificação do processo de inventário, visando à rápida e adequada divisão dos bens, não se trata de uma exigência recente. Há mais de 60 anos Sady Gusmão (1958, p. 37) já defendia essa necessidade.

32 Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

33 No original, *will substitutes*. Esses mecanismos recebem esse nome justamente porque substituem o complexo procedimento de feitura de um testamento, que além de tudo também envolve a apresentação em juízo para cumprimento. Não devemos confundir com instituição, no testamento, de substitutos para o herdeiro ou legatário indicado que não possa ou não queira aceitar a disposição testamentária.

Por fim, em atenção à metodologia civil-constitucional, acreditamos que uma teoria hermenêutica com fins aplicativos, de forma a priorizar a busca pela solução adequada ao caso concreto, exige a atribuição de maior discricionariedade ao juízo sucessório, para que este deixe de ser apenas *la bouche de la loi*. Entretanto, tal ideia é veementemente combatida pela doutrina majoritária, e uma das principais críticas é o suposto aumento do tempo necessário e dos custos para solução das questões hereditárias. Entendemos que o Estado não pode se furtar a cumprir com seu dever de elaborar um procedimento adequado à inserção dessa discricionariedade em matéria sucessória e de equipar as Varas de Sucessões com os recursos necessários para lidar com as demandas daí decorrentes.

CONCLUSÃO

No presente artigo, observamos que a Constituição Federal de 1988 inovou ao expressamente incluir a herança no rol de direitos fundamentais. Argumentamos que a fonte primária da sucessão *causa mortis* é o próprio texto constitucional; que a herança é protegida pela intangibilidade das cláusulas pétreas; que a herança da Constituição deve servir de parâmetro para a interpretação do direito sucessório codificado, sendo inadequado o caminho hermenêutico inverso; e que o art. 5º, XXX tem duas ordens de titulares, quais sejam, o sucedido e o sucessor, que respectivamente tem o direito fundamental a deixar herança e o direito fundamental a receber herança. Notamos, ainda, que os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e uma objetiva.

Em relação à dimensão objetiva do direito fundamental à herança, compreendemos que ele faz parte de uma ordem de valores objetivos da sociedade. Desse modo, para além de dizer respeito aos interesses individuais dos sujeitos do fenômeno sucessório, o art. 5º, XXX tutela interesses de toda a coletividade, de natureza familiar, social e política. O dispositivo também consubstancia uma ordem permanentemente dirigida aos poderes estatais no sentido de concretização e realização da herança. Do mesmo modo, identificamos uma “mais-valia jurídica” do direito fundamental à herança, notadamente a sua eficácia irradiante; a sua eficácia na esfera privada; as garantias institucionais; o dever geral de efetivação atribuído ao Estado; e a conformação e o procedimento da atividade estatal.

REFERÊNCIAS

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 89, n. 1, p. 69-151, oct. 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução da 5. ed. alemã (2006) por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.
- BECKERT, Jens. The longue durée of inheritance law: discourses and institutional development in France, Germany, and the United States since 1800. **European Journal of Sociology**, Cambridge, v. 48, n. 1, p. 79-120, 2007. Disponível em: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_48_2007_Beckert.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11, jan/mar. 2017.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. n. 44, out/dez. 2010.
- DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- ENSTERSEIFTER, Tiago. A função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade uma leitura comprometida com a realidade do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 43, dez. 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. 2015. 181 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
- GUSMÃO, Sady. **Vocação hereditária e descendência**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- HALLIDAY, Daniel. **Inheritance of wealth: justice, equality, and the right to bequeath**. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- KOTLIKOFF, Laurence J.; SUMMERS, Lawrence H. The role of intergenerational transfers in aggregate capital accumulation. **Journal of Political Economy**, v. 89, n. 4, p. 706-732, aug. 1981.

- KREICZER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Chicago, v. 46, n. 3, p. 495-542, winter 2012.
- LANGBEIN, John H. The nonprobate revolution and the future of the law of succession. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 5, p. 1108-1141, 1984.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Roberta Drehmer de. Reflexões críticas sobre o instituto do concubinato no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 28, out. 2011.
- MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, London, v. 19, n. 3, p. 231-250, nov. 2011.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The myth of ownership: taxes and justice**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten De Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 29, n. 29, p. 147-172, dez. 1996.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. O acúmulo intergeracional de riqueza e tributação de heranças e doações no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 113, out.2015/jan. 2016.
- READ, Harlan Eugene. **The abolition of inheritance**. New York: The MacMillan Company, 1918.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. 2016. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2016.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O direito fundamental de testar. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 75-96, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/6743>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 7, n. 28/29, p. 191-208, jul./dez. 2008a.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008b.

TRITT, Lee-ford. Technical Correction or Tectonic Shift: competing default rule theory under the new Uniform Probate Code. **Alabama Law Review**, Tuscaloosa, v. 61, n. 2, p. 273-336, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las teorías y la práctica. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

Como citar: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A perspectiva objetiva do direito fundamental à herança. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 130-151, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 130. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 11/12/2020

Aprovado em: 31/03/2022

A LINGUAGEM JURÍDICA E AS RELAÇÕES DE SABER- PODER-VERDADE NOS DOCUMENTÁRIOS “JUSTIÇA” E “JUÍZO”

LEGAL LANGUAGE AND THE RELATIONSHIPS OF
KNOWLEDGE-POWER-TRUTH IN THE “JUSTIÇA” AND
“JUÍZO” DOCUMENTARIES

Vitor Manoel Bonfim Silva*
Samene Batista Pereira Santana**

* Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB) - Campus XX - Brumado-BA. É estagiário no Fórum Eliezer Rodrigues de Souza, vinculado ao TJBA, na cidade de Barra da Estiva-BA. Foi integrante do grupo de pesquisa LAPEFIDA - Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual, vinculado à Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Foi integrante da LACIC - Liga Acadêmica de Ciências Criminais. CV Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/6615639644028613>. E-mail: vitormanoelbonfim13@gmail.com

** Pós-doutora pela Universidade de MICHR/Itália. Doutora em Memória: linguagem e sociedade (UESB) - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Mestre pelo mesmo programa. Advogada. Professora no curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Faculdade Independente do Nordeste (Fainor) e Faculdade Santo Agostinho (Fasa). Vitória da Conquista/Bahia-Brasil. CV Lattes: <http://lattes.com.br/0920063961755124>. E-mail: samenebatista@gmail.com

Como citar: SILVA, Vitor Manoel Bonfim; SANTANA, Samene Batista Pereira. A linguagem jurídica e as relações de saber-poder-verdade nos documentários “justiça” e “juízo”. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 152-171, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 152. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os documentários “Justiça” e “Juízo”, dirigidos por Maria Augusta Ramos, com o intuito de compreender como o uso excessivo do juridiquês em âmbito jurídico configura-se como um obstáculo ao acesso à justiça. Para tanto, a metodologia utilizada é a abordagem qualitativa com viés dedutivo, haja vista que o objetivo central da pesquisa é fazer um estudo filmico-jurídico-filosófico que possibilite entender as produções documentais sob os seguintes aspectos: cinematográfico, especialmente pelo estudo das questões técnicas de produção dos filmes; jurídico, utilizando o conceito de “Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça”, proposto por Mauro Cappelletti e Bryant Garth; e filosófico, a partir da premissa teórica de Michel Foucault consagrada no livro: *A Ordem do Discurso*.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Documentário. Linguagem Jurídica.

Abstract: This article aims to analyze the documentaries “Justiça” and “Juízo”, directed by Maria Augusta Ramos, in order to understand how the excessive use of juridiquês in the legal sphere is configured as an obstacle to access to justice. Therefore, the methodology used is the qualitative approach with a deductive bias, considering that the central objective of the research is to make a filmic-legal-philosophical study that makes it possible to understand documentary productions under the following aspects: cinematographic, especially by studying technical issues production of films; legal, using the concept of “Renewal

Waves of Access to Justice”, proposed by Mauro Cappelletti and Bryant Garth; and philosophical, based on the theoretical premise of Michel Foucault enshrined in the book: The Order of Discourse.

Keywords: Access to Justice. Documentary. Legal Language.

INTRODUÇÃO

No final do século XX, a discussão sobre a efetividade do acesso à justiça ganhou força nos debates acadêmicos, uma vez que o processo de redemocratização trouxe à tona a noção dos Direitos e Garantias Fundamentais. Assim, a CRFB/88 trouxe uma série de dispositivos que consagraram à sociedade o direito de pleitear a tutela jurisdicional para a resolução dos conflitos. Com isso, o Estado assumiu uma função garantista perante o corpo social, de modo que a busca pela apreciação dos litígios pelo Poder Judiciário tornou-se um direito dos cidadãos que não poderia mais ser objeto de silenciamento.

Apesar disso, a mera previsão da inafastabilidade da Jurisdição, bem como o Direito de Petição, por si sós, não conseguiram garantir que toda a sociedade (ou pelo menos uma parte dela) conseguisse ter acesso a uma ordem jurídica justa. Isso porque, apesar de o Judiciário ser o órgão encarregado de resolver os conflitos entre indivíduos que não possam ou não queiram se submeter à autocomposição, diversas questões de ordem jurídica e social repercutem na forma como esta prestação jurisdicional irá ocorrer.

Quando as questões acerca do acesso à justiça começaram a despertar o interesse dos juristas, sobretudo com o advento da CRFB/88, muito se discutia sobre os aspectos de cunho jurídico que impediam que este preceito legal se concretizasse, notadamente pela presença quase nula de uma assistência jurídica voltadas a grupos sociais menos privilegiados, a falta de comprometimento dos advogados e dos demais membros do Judiciário em atender outras demandas que não aquelas relacionadas ao Direito Penal e ao Direito de Família, como também pelo valor elevado das custas judiciais.

Contudo, com o fortalecimento das discussões de caráter filosófico em âmbito jurídico, especialmente com a incorporação de componentes curriculares como Filosofia, Sociologia, além dos estudos linguísticos nos cursos de graduação em Direito, passou-se a questionar em que medida a sociedade, enquanto instituição, influencia na promoção devida do acesso à justiça à população, sobretudo àqueles que dispõem de pouca instrução educacional e baixo poder aquisitivo.

Nesse sentido, com o recrudescimento dessas reflexões, passou-se a discutir o impacto do uso da linguagem jurídica na promoção do acesso à justiça, haja vista que o Direito, enquanto ciência, possui um conjunto de palavras técnicas utilizadas na prática forense, mas que, em grande parte dos casos, apresenta-se de forma incompreensível às pessoas que buscam soluções no Judiciário. Dessa forma, o uso do famoso “juridiquês” no cotidiano forense passou a ser entendido como um processo de exclusão social, na medida em que afasta as pessoas que não são graduadas em Direito do pleno entendimento do que se discute e, portanto, não as permite entender de forma efetiva muito do que se diz nos fóruns e tribunais.

Atenta a esse cenário, Maria Augusta Ramos (1964) elaborou duas produções documentais que retratam de forma fidedigna a realidade que paira sobre grande parte do Judiciário brasileiro. “Justiça” (2004) e “Juízo” (2007) mostram, não somente, a forma como o dia a dia dos(as) juízes(as) é marcado pela seletividade do sistema penal, mas também pela forma como todo um

aparelhamento discursivo é criado para que pessoas que não sejam afeitas ao mundo jurídico não possuam a capacidade de opinar ou mesmo de entender aquilo que lhes é dito ou perguntado. A respeito do discurso, esclarece Michel Foucault (1926-1984): “[...] o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 2007, p. 10).

Dessa forma, com o intuito de compreender em que medida o uso do juridiquês representa um obstáculo ao acesso à justiça e as consequentes relações de poder que decorrem dessa prática, o presente trabalho visa analisar os documentários “Justiça” e “Juízo”, dirigidos por Maria Augusta Ramos, a fim de elucidar as relações de saber-poder, bem como os regimes de verdade representados nas produções fílmicas. Além disso, visa entender em que momento o conceito de acesso à justiça passou a discutir a questão da linguagem jurídica, a partir da perspectiva de Mauro Cappelletti (1927-2004) e Bryant Garth sobre as “ondas renovatórias do acesso à justiça”.

A metodologia utilizada para a confecção deste artigo é a abordagem qualitativa com viés dedutivo, uma vez que objetiva-se partir da análise fílmica, jurídica e filosófica para compreender as questões que são colocadas nos documentários, especialmente sobre o impacto de se adotar uma linguagem muito rebuscada em audiências criminais realizadas no Rio de Janeiro e que possuem como réus pessoas pobres, negras e que não conseguiram alcançar grandes postos de trabalho em virtude da falta de qualificação profissional e acadêmica. Ademais, a pesquisa utiliza como principais referenciais teóricos as obras: “Acesso à Justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) e “A Ordem do Discurso” (FOUCAULT, 2007).

O presente trabalho será estruturado da seguinte maneira: em um primeiro momento, traçar-se-á as condições fílmicas de produção utilizadas nos documentários, mais especificamente, os regimes de visibilidade e visualidade, como também um breve resumo do enredo; em um segundo momento, será proposta uma análise jurídica acerca do conceito de acesso à justiça e sua relação com o uso da linguagem jurídica, especialmente no que se refere às “ondas renovatórias do acesso à justiça”. Finalmente, realizar-se-á uma análise filosófica a partir de alguns conceitos foucaultianos, bem como de outros autores, com vistas a entender as relações de poder que se desenvolvem no documentário e os regimes de verdade que permeiam os longas-metragens.

1 REGIMES DE VISIBILIDADE E VISUALIDADE EM “JUSTIÇA” E “JUÍZO”

O fortalecimento da indústria audiovisual possibilitou múltiplas formas de representação da imagem, criando um apego por parte do público à sua representação em movimento. Nesse sentido, de acordo com Santana (2019, p. 645): “[...] Os chamados regimes de visualidade correspondem às condições históricas de formação e veiculação das imagens, desde a pintura rústica, o desenho, a fotografia, o cinema, a televisão, até a janela da internet”. A partir das condições sócio-históricas, econômicas e políticas de produção de uma imagem (os regimes de visualidade), portanto, é possível atribuir determinado sentido a ela, uma vez que está circunscrita

em determinado contexto.

Por outro lado, os regimes de visibilidade, ainda de acordo com Santana, (2019, p. 648), remetem: “[...] à percepção e capacidade de ver, a uma operação visual, a um artifício de construir imagem, seja fotográfica, virtual ou de outro tipo”. Em decorrência disso, considera-se os regimes de visibilidade como todos os mecanismos de ordem técnica que são utilizados para a construção de determinada imagem, como os planos, as decoupages, *os takes*, a trilha sonora e afins. Nessa ótica, preleciona a autora:

[...] A partir destes regimes é possível analisar as condições de possibilidade de formação de diversos discursos que funcionam na sociedade, e o cinema é um dispositivo imagético importante nesta construção, uma vez que gera convergência e confluência entre entretenimento, trabalho, conteúdo, interatividade, e práticas jurídico-sociais como um todo. (SANTANA, 2019, p. 645).

A partir disso, Maria Augusta Ramos integra uma geração de cineastas brasileiros preocupados em abordar temáticas à margem do cinema tradicional. Nesse sentido, ela trabalha os seus longas a partir de uma perspectiva documental, com o intuito de levar seus espectadores a refletirem sobre o porquê de determinada questão social existir em certo contexto e espaço.

Autora de obras como: “Brasília, Um Dia em Fevereiro” (1995), “Desi” (2000) e “O Processo” (2018), o interesse da cineasta em retratar o dia a dia do judiciário teve início com a produção do documentário “Justiça”, no ano de 2004. A partir disso, a documentarista dá início a sua famosa “Trilogia Sobre o Judiciário Brasileiro”, que teve início com a obra mencionada, sequenciada por “Juízo” (2008) e finalizada com a produção de “Morro dos Prazeres” (2012).

Os filmes da cineasta possuem aspectos estéticos muito peculiares. A partir de uma perspectiva que prioriza a forma em detrimento do conteúdo, posto que este último elemento perpassa pela relação que somente é produzida com a interação do espectador, Maria Augusta resgata características do Cinema Direto/Verdade, que teve como principais precursores, Jean Rouch (1917-2004) e Edgar Morin (1921). Assim, os documentários da cineasta distanciam-se dos modelos de produção documental atualmente utilizados, haja vista que não buscam induzir o espectador acerca da tese defendida pelo produtor. A função da narrativa fílmica resume-se a mostrar os fatos e deixar o processo de construção de sentido ao encargo do público.

A esse respeito, esclarece Lira, (2012, p. 209): “O documentário observativo propõe uma observação espontânea da experiência vivida, abrindo mão do controle hegemônico exercido noutros modos de representação do real, a exemplo dos modos expositivo e poético”.

Nesse sentido, as duas produções aqui estudadas adotam perspectivas semelhantes ao tratarem da realidade do judiciário brasileiro. Em “Justiça”, observa-se um conjunto de audiências criminais realizadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como uma parte da rotina de trabalho e relações interpessoais de membros da magistratura e da defensoria pública. Ademais, o longa traz alguns dilemas enfrentados pelos familiares de alguns dos detentos, como a falta de condições financeiras e a conseqüente vulnerabilidade social.

Como manifestação da nítida desigualdade social no Brasil, quase todos os homens presos

retratados no longa e que estavam em audiência eram negros e possuíam faixa etária média entre 20 e 30 anos. Além disso, o nível de qualificação profissional de todos os interrogados não chegava à conclusão do Ensino Fundamental 02, algo que reforça a disparidade de acesso ao conhecimento entre magistrados, ministério público, defensoria pública, serventuários e réus.

A autora optou pela utilização de planos predominantemente abertos, exceto quando objetivava focalizar o rosto das personagens no momento em que realizavam alguma pergunta ou respondiam algum questionamento, além de detalhes para os quais quisesse que seu espectador prestasse mais atenção. Outrossim, Maria Augusta utilizou decoupages muito sutis, de forma que o público tivesse a sensação de continuidade da narrativa, além da ausência de trilha sonora e, em quase sua totalidade, procurou manter a câmera em uma posição fixa e qualquer movimentação que fora realizada se deu de forma muito discreta, de tal modo que a pessoa que assista o filme tenha a sensação de que a movimentação das personagens se dá da forma mais naturalizada possível.

Em “Juízo”, a cineasta utilizou a mesma perspectiva estética. Contudo, o cenário utilizado, nesse caso, foi uma Vara da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro para retratar o drama de adolescentes infratores; além disso, dessa vez, duas personagens femininas aparecem como réus. Por razões de ordem legal, o rosto de menores em investigação ou cumprimento de medidas socioeducativas não pode ser exposto em filmagens, razão pela qual a autora gravou os menores pelas costas e os substituiu por adolescentes em condições de vida análogas para que pudessem reproduzir a fala dos interrogados.

Outro aspecto relevante é o fato de que, ao invés de retratar o cotidiano de alguns profissionais do judiciário, a cineasta preferiu mostrar o destino de cada um dos interrogados quando a narrativa já estava quase terminando, demonstrando que, em sua quase totalidade, a vida dos adolescentes interrogados resumiu-se à reincidência, à morte pelo tráfico e a manutenção de um ciclo de pobreza, seja pelo abandono escolar, seja pela maternidade e paternidade ocorrida de forma precipitada.

Acerca das condições de ordem técnica, vale ressaltar que Maria Augusta Ramos procura dar a suas narrativas o maior grau de naturalidade possível. Assim, a sensação construída para os espectadores é a de que, mesmo sem a presença da câmera, a cena ora representada seria a mesma, isto é, a cineasta adota uma perspectiva mais observativa e intimista, de forma a evitar que seu público seja induzido a acreditar de imediato em sua perspectiva. Nesse sentido, é possível afirmar que o objetivo da autora centraliza-se, principalmente, em provocar em seus espectadores a reflexão sobre o problema em questão, fazer com que tenham um “choque de realidade”.

A esse respeito, esclarece Lira, (2012, p. 216): “O modo observativo adotado do cinema direto tem como premissa a abordagem do mundo histórico de forma distanciada, em recuo, numa perspectiva de não-intervenção”. Além disso, ainda nessa perspectiva, de acordo com Ramos e Gervaiseau (2010, p. 03) “Maria Augusta respeita todas as premissas do cinema observacional clássico, adotando uma câmera de postura não interferente, rejeitando o uso da narração, das entrevistas e da música. Ela privilegia planos abertos, com pouco ou nenhum movimento e de longa duração”.

Ainda nessa ótica, Ramos; Gervaiseau, 2010, p. 07-08) afirmam:

[...] a câmera assume uma postura de observação distanciada, onde existe sempre uma restrição ou interdição do olhar. A câmera espia as situações, registrando-as de um ângulo específico, quase sempre frontal, em que os rostos nunca são permitidos. Para além de reforçar uma suposta não interferência, esta distância se confirma aqui como estratégia discursiva. O espectador é colocado de fora, numa posição análoga a da própria autora. Assim, a restrição do olhar acaba funcionando não como uma perda, mas como índice de realidade. É só porque a situação é verdadeira e os menores são pessoas reais, que não podemos vê-los de fato.

Dessa forma, é possível afirmar que as condições técnicas de produção dos filmes visam, em sua quase totalidade, trazer ao público a sensação de continuidade e de realidade ao cenário retratado, sempre sendo figurado como característica peculiar a suposta imparcialidade da cineasta ao abordar os problemas em questão.

Nesse sentido, a documentarista “levou ao pé da letra” a missão de mostrar à sociedade brasileira os problemas pelos quais determinados grupos sociais são submetidos, especialmente por razões de ordem econômico-social, o que demonstra um aspecto curioso: o fato de a diretora tentar se eximir de juízo de valor gera um sentido diametralmente contrário, uma vez que sua escolha por retratar determinado problema social configura-se como um posicionamento político de intervenção social.

A opção pelas estratégias observativas de representação da realidade social - pelo menos nos documentários realizados na atualidade - não significa uma tentativa de apagamento das marcas estilísticas do realizador e, conseqüentemente, de sua intervenção no mundo, até porque a escolha de uma perspectiva - e neste sentido, o modo observativo se constitui uma “voz”/um estilo - já revela uma postura, uma posição, uma forma de engajamento com o universo representado. (LIRA, 2012, p. 222).

Outro aspecto relevante é o fato de que, no momento em que as cenas de “Justiça” e “Juízo” foram gravadas, o Brasil passou por um contexto histórico-político bastante peculiar: pela primeira vez após o processo de redemocratização, o país tivera um presidente declaradamente integrante de um partido político de esquerda, enviesado em pautas centralizadas na promoção de maior igualdade social e cidadania.

Contudo, vale ressaltar que este processo não se deu forma pacífica. Afinal de contas, cabe destacar que o governo que antecedeu o mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) fora o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), defensor de uma agenda econômica neoliberal e de uma redução do papel do Estado a mero agente regulador na ordem econômica, fator que contribuiu de forma significativa para o enfraquecimento do *Welfare State*.

Essa fase é marcada pela ambiguidade entre a mudança e a continuidade. A

manutenção da ortodoxia econômica teve consequências nos rumos tensionados da política social. Além disso, conviviam no seio do próprio governo forças defensoras do Estado Mínimo – aglutinadas, sobretudo, na área econômica – e setores que defendiam os direitos universais. (FAGNANI, 2011, p. 45).

A partir disso, é possível afirmar que Maria Augusta Ramos estava imersa em um contexto em que diversos setores sociais brigavam para que o Estado brasileiro centralizasse esforços para a promoção e ampliação das ações voltadas à promoção dos Direitos Humanos, sobretudo no que dizem respeito à esfera penal e, conseqüentemente, processual. A gravação do segundo filme ocorreu em um cenário um pouco mais pacifista, na medida em que grande parte das tensões ocasionadas pela transição de governo foram amenizadas com o decurso do tempo e fatores de cunho social e econômico.

[...] Houve articulação mais positiva entre as políticas econômicas e sociais. A melhoria do mundo do trabalho e das contas públicas abriu espaço para a ampliação do gasto social. Além disso, a crise financeira internacional (2008) mitigou a hegemonia neoliberal, e a agenda do “Estado Mínimo” perdeu força. A tensão entre os paradigmas arrefeceu. Ações focalizadas e universais passaram a ser vistas como complementares. (FAGNANI, 2011, p. 45).

Assim, os filmes de Maria Augusta inserem-se em um contexto de busca por maior ampliação da agenda social para que, de fato, pudesse ocorrer a necessária e urgente reforma social que fosse capaz de diminuir a histórica desigualdade social no Brasil, algo que ainda hoje não está pacificado e depara-se com novos desafios, haja vista que a agenda neoliberal passa por um processo de recrudescimento em ampla quantidade de países, o que gera questionamentos sobre a efetiva possibilidade ou não de concretização dos “Objetivos da República” (Art. 3º, CRFB/88) em um contexto que prioriza as mudanças com escopo econômico em detrimento das políticas de cunho social.

2 A LINGUAGEM JURÍDICA COMO EMPECILHO NA PROMOÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO: PERSPECTIVAS TEÓRICAS PARA SUA ALTERAÇÃO A PARTIR DAS “ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA”.

Em 11 de agosto de 2005, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançou uma campanha em prol da simplificação da linguagem jurídica utilizada pelos profissionais que integram a Magistratura, o Ministério Público e os demais órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro. O ex-presidente da associação, Rodrigo Collaço, à época, frisou a necessidade da utilização de um vocabulário menos rebuscado em um ambiente que deve promover a prestação de um serviço com amplo alcance social.

Nesse sentido, é possível afirmar que os esforços para tornar a linguagem utilizada pelos

membros do Judiciário mais palpável data de época mais remota. Inicialmente, vale destacar que uma das grandes obras que inaugurou a discussão sobre o acesso à justiça em escala global foi: “Acesso à Justiça”, cujos autores são Mauro Cappelletti e Bryant Garth. O livro, traduzido e publicado no Brasil em 1988, trouxe alguns questionamentos sobre a eficácia dos tribunais ao realizarem a prestação jurisdicional que, em sua quase totalidade, era e ainda é monopolizada pelo Estado.

Contudo, antes de trazer à tona os argumentos propostos por Cappelletti e Garth, vale destacar que a sistemática adotada pelos fóruns, comarcas e tribunais no Brasil é reflexo de uma tradição jurídica ancorada em pressupostos teóricos desenvolvidos pelo sistema da “*Civil Law*”, conhecido também como sistema Romano-Germânico. Esta perspectiva jurídica, desenvolvida a partir do século XII, com a descoberta do *Corpus Juris Civilis*, consolidou-se por volta do século XVIII, com o movimento de codificação do Direito, trazendo uma centralização excessiva da prática forense em torno da lei, do formalismo e da valorização da linguagem jurídica pautada em uma série de arcaísmos e no uso substancial de expressões em Latim.

[...] a atividade jurisdicional se reduziu a um processo de comunicação quase exclusivamente escrita: juízes, advogados, promotores e escrivães parecem seres cujo único meio de comunicação é a escrita. Mesmo as reclamações trabalhistas e os depoimentos de partes e testemunhas precisam-se converter à linguagem escrita e assim perdem muito em substância. Os tribunais valorizam mais a documentação dos julgados, sempre na linguagem escrita. (COSTA, 2003, p. 15).

Ainda segundo o professor:

Um segundo elemento marcante da comunicação não-verbal no Judiciário é o rigor indumentário. Talvez apenas as religiões tradicionais se comparem aos rigores dos paramentos dos rituais forenses. Um sacerdote e um juiz em suas vestimentas se confundem [...] A comunicação gestual na instituição também parece fincar raízes em posturas monásticas que aderem inconscientemente à figura do magistrado e seus auxiliares. A sisudez da deusa Têmis parece encarnar no magistrado, tornando-o à semelhança de outras referências da cultura judaico-cristã. Não por acaso a divindade nessa cultura é sempre representada, dentre outros papéis, por um julgador que não sorri e não chora, enfim, que jamais exterioriza o menor traço de emoção. (COSTA, 2003, p. 15).

Nessa perspectiva, durante muito tempo, a preocupação acerca da linguagem jurídica nas faculdades de Direito restringia-se à valorização da forma em detrimento do conteúdo que, aos olhos e ouvidos de quem não é bacharel em Direito, não fazia muita diferença em termos práticos, haja vista que a compreensão do que era dito (de forma escrita ou oral) em âmbito jurídico centralizava-se em uma mera comunicação desenvolvida entre o magistrado, o representante do Ministério Público, os advogados e os serventuários, mesmo que isso não integrasse, de fato, todas “as partes” em torno do litígio.

A comunicação verbal no Judiciário, por seu lado, tem sido estudada mais sobre seus elementos de estilo do que propriamente na exata compreensão do fenômeno. Nota-se a preocupação na reformulação do discurso jurídico, ainda que muito mais voltada para o purismo gramatical do que propriamente à sua reestruturação. (COSTA, 2003, p. 15).

A partir disso, faz-se mister destacar que a CRFB/88, em seu Art. 59, dispõe que o processo legislativo será disciplinado por meio de lei complementar. Esse dispositivo, promulgado quase 10 anos depois, a LC 95/98, em seu Art. 11, traz os requisitos necessários para que as leis elaboradas pelo Poder Legislativo tenham a maior clareza possível, utilizando, para tanto, expressões curtas, objetivas, uniformes do ponto de vista verbal, com orações diretas, isto é, o objetivo desse artigo reside em evitar ambiguidades na interpretação da lei.

Essa preocupação levantada pela constituinte já antevia os desafios que uma parcela significativa da população brasileira iria enfrentar ao buscar no Judiciário a resolução dos litígios, sobretudo porque o Art. 3º do Decreto-Lei N° 4.657/42 (LINDB) institui o “Princípio da Obrigatoriedade da Lei”, razão pela qual não é permitido a qualquer indivíduo alegar em juízo o desconhecimento desta. Apesar disso, esta máxima não é isenta de críticas, uma vez que é quase impossível que os cidadãos conheçam toda a produção legal elaborada pelo Legislativo, motivo pelo qual o uso adequado da linguagem jurídica pode auxiliar a deixar este dispositivo em maior consonância com a realidade fática. Acerca da falta de objetividade na linguagem judicial, Costa (2003, p. 15-16) diz:

Uma primeira característica da linguagem verbal judiciária é a ambiguidade. Difícil encontrar no linguajar jurídico um singelo vocábulo que denote um único sentido. Para começar, poucos textos contêm mais ambiguidades que as leis, onde o risco dos casuísmos precisa ser contornado pelo uso de palavras e expressões vagas que serão lidas de acordo com cada intérprete em seu tempo. O advogado é o primeiro intérprete da norma, logo, tem maior liberdade nesse ponto porque a melhor interpretação será aquela que beneficiar seu cliente. A ambiguidade interpretativa deságua nas mãos do julgador, que, por sua vez, emite nova opinião de onde outras ambiguidades surgirão para motivar os recursos de quem saiu prejudicado com a nova interpretação.

De qualquer modo, a partir de uma pesquisa encomendada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), no ano de 2005, tornou-se visível aos membros do Poder Judiciário (ou pelo menos a uma parte dele), a necessidade de repensar a forma como a comunicação é exercida em suas dependências, pois uma das principais reclamações da população consistia no fato de que a linguagem utilizada pelos juristas não condizia com o nível linguístico de grande parte do público que frequentava as dependências dos órgãos jurisdicionais, razão pela qual a AMB realizou a campanha em nível nacional com o intuito de simplificar a linguagem jurídica, bem como editou um livreto com a finalidade de cristalizar alguns termos jurídicos, ambos no ano de 2005.

A partir disso, é possível afirmar que o acesso à justiça e sua relação com o uso da linguagem jurídica ganhou força no Brasil, sobretudo, a partir dos anos 2000. Contudo, a discussão sobre as barreiras, sejam elas materiais ou estruturais, que separam a população do Judiciário já eram objeto de estudo de juristas preocupados em tornar a prestação jurisdicional efetiva e, no caso brasileiro, dar maior legitimidade fática ao art. 5º, XXXV, CRFB/88, que institui o “Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição”, fazendo com que o Judiciário possa e deva apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito.

Nessa ótica, vale destacar que as discussões sobre a promoção do acesso à justiça para a população inserem-se em um contexto de valorização da figura do Estado enquanto agente que intervém no social, especialmente pelo desenvolvimento do *Welfare State*, comumente chamado Estado de Bem-Estar Social. Assim, as pessoas deixaram para trás os pressupostos defendidos pelo *laissez-faire* à medida em que a sociedade passava a enxergar os direitos conquistados a partir de uma perspectiva coletivista e não mais individualista.

[...] Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

Em decorrência disso, de acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 9), a busca por esforços que legitimassem o direito de ação passou a questionar as altas custas judiciais enfrentada pelos hipossuficientes, seja com o pagamento de honorários ou mesmo com as demais custas do processo, inclusive a sucumbência. Segundo eles: “[...] A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”.

A partir disso, de acordo com os juristas, embora o Estado, por excelência, tivesse o dever de assegurar a prestação jurisdicional às pessoas, não havia ações no sentido de facilitar a propositura de uma demanda no Judiciário por alguém destituído de recursos financeiros. Dessa forma, a primeira onda do acesso à justiça centralizou seus esforços no sentido de democratizar o acesso ao judiciário aos indivíduos com menor poder econômico, o que perpassava, substancialmente, pela criação de iniciativas voltadas à instrução jurídica para quem não tivesse condições de pagar pelo serviço.

[...] A consciência que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais insustentável. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 33).

No Brasil, é possível visualizar a manifestação da primeira onda na promoção do benefício da justiça gratuita, consolidado no CPC/1939, especialmente nos Arts. 68 e 79. Além disso, a institucionalização da Defensoria Pública enquanto órgão responsável por assegurar aos hipossuficientes a defesa técnica adequada em juízo, solidificada, sobretudo, com a promulgação da CRFB/88, especificamente no Art. 5º, LXXIV, como também no Art. 134. Outro aspecto mais recente encontra-se na lei dos juizados especiais (Lei 9.099/1995), notadamente o Art. 9º, haja vista que, em causas com valores não superiores a vinte salários-mínimos, dispensa as partes de postular em juízo acompanhados pela presença de um advogado, embora este dispositivo seja alvo críticas, uma vez que não se sabe ao certo se essa possibilidade representa um obstáculo ou uma alavanca no acesso ao Poder Judiciário.

Entretanto, o desenvolvimento da primeira onda, apesar de notável, não conseguiu dirimir todos os obstáculos enfrentados por pessoas com menor poder aquisitivo ao adentrarem no Judiciário. Dentre os obstáculos, de acordo com Cappelletti e Garth (1988) o fato de uma parcela significativa do globo ter desenvolvido, em maior ou menor grau, algum programa de assistência judiciária, não significava que eles estariam isentos de falhas. Dentre elas, os autores citam, especialmente, o fato de que a assistência judiciária aos necessitados focalizava seus esforços em resolver litígios de natureza familiar e penal; a propositura de demandas com valores muito baixos, via de regra, era arriscada, já que, caso a parte autora perdesse, teria que arcar com o ônus de sucumbência; o fato de advogados qualificados ainda estarem distante das pessoas carentes, visto que concentravam esforços em causas mais complexas e, por tabela, mais caras.

A segunda onda do acesso à justiça focalizou-se na busca por esforços que resguardassem os direitos e garantias coletivas, isto é, a representação dos direitos difusos. A princípio, essa manifestação decorreu, sobretudo, do fato de a sociedade, enquanto agente capaz de promover mudanças estruturais, ter ampliado o leque de garantias destinadas à tutela do meio ambiente, das relações de consumo, dos contratos de locação..., fazendo, portanto, com o que os tribunais fossem obrigados a revisar sua concepção sobre o processo, na medida em que ele era visto como um ato que ocorria, apenas, entre duas partes; nesse caso, o autor e o réu (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Ainda de acordo com os autores:

[...] a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos direitos difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Em solo brasileiro, sobretudo na década de 1980, a tutela aos direitos de ordem difusa instaurou-se com a promulgação da lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). Ademais, a CRFB/88 ampliou o rol de garantias, na medida em que conferiu legitimidade ativa as associações (Art. 5º, XXI), aos sindicatos (Art. 8º, III), bem como criou o Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5º, LXX) e ampliou a legitimidade para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art. 103). Outro avanço proposto pela Constituição foi a extensão da legitimidade para a propositura da ACP por parte Ministério Público, como forma de substituição processual (Art. 129, III).

Sequencialmente, a terceira onda do acesso à justiça buscou dar continuidade ao que tinha sido desenvolvido na segunda onda; contudo, dando maior enfoque ao acesso à justiça propriamente dito. Nessa perspectiva, a discussão sobre a ampliação dos meios referentes à autocomposição, a propositura de demandas envolvendo interesses de grupos sociais, bem como a própria assistência aos hipossuficientes passou a integrar uma discussão mais ampla e que visava a integração de profissionais do Direito que atuavam no meio judicial ou extrajudicial, de forma contenciosa ou não, procurando, sobretudo, evitar que o conflito desaguasse no Judiciário. Além disso, visava instituir técnicas processuais mais adequadas e melhorar o desempenho de estudantes e intérpretes do Direito no desenvolvimento de suas atividades.

[...] Essa “terceira onda” da reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ele centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

O Brasil inseriu-se nesta terceira onda a partir de diversas iniciativas, sobretudo pelas disposições advindas com o Código de Processo Civil mais recente, promulgado em 2015. Dentre as principais mudanças, destacam-se alguns princípios como a isonomia, a cooperação, a ampla defesa e o contraditório, o estímulo à autocomposição de conflitos, além da efetiva incorporação das disposições constitucionais como obrigatórias no curso do processo. Acrescenta-se a isso, a Resolução 125 do CNJ, responsável por instituir no Brasil o sistema de “Justiça Multiportas”, dando uma tratativa diferenciada na busca pela resolução dos conflitos, além da Lei de Mediação (Lei 13.140/15), que entrou em vigor em 2016. Outro ponto relevante foi o fato de as faculdades começarem a discutir de forma mais efetiva o novo perfil dos sujeitos dentro de um processo, seja a partir da deslegitimação da figura da litigância excessiva como algo positivo ou mesmo pela maior valorização da busca por soluções justas e que possam, antes de tudo, tratar os conflitos.

A partir disso, Cappelletti e Garth afirmam que, muito mais do que meramente introduzir reformas nos procedimentos ou mesmo ampliar as garantias da primeira e segunda onda, faz-se necessário que o sistema judicial possa entender a necessidade de simplificar o Direito a fim de

que a população consiga compreendê-lo em maior proporção e, por consequência, possa acioná-lo.

Nosso direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejada como compreensível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 156).

Ainda nessa perspectiva, explicam os processualistas: “[...] O que se deve salientar é que a criatividade e a experimentação ousada – até o limite de dispensar a produção de provas – caracterizam aquilo que chamamos de enfoque do acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 159). Essa perspectiva, portanto, reforça a necessidade de simplificação de procedimentos na seara jurídica, de forma que o jurisdicionado tenha a possibilidade de concluir sua demanda com menor desgaste de tempo e menor dispêndio de recursos.

Apesar disso, é possível afirmar que a simplificação da linguagem enquanto fenômeno jurídico pode também diminuir os entraves no acesso à justiça, sobretudo quando se pensa no aspecto social. De acordo com Cappelletti e Garth (1988) faz-se imprescindível que a reforma dos sistemas processuais seja acompanhada por uma reforma que contemple aspectos de cunho social.

Ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não podemos ignorar seus riscos e limitações. Podemos ser céticos, por exemplo, a respeito do potencial das reformas tendentes ao acesso à justiça em sistemas sociais fundamentalmente injustos. É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas jurídicas e sociais. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 161).

Nessa perspectiva, muitas das questões acerca do uso excessivo do juridiquês perpassam por aspectos de cunho político e social que precisam de problematizações e esforços com vistas a tornar o uso de um vocabulário mais simplista uma realidade no judiciário. Assim, as iniciativas desenvolvidas, apesar de não esgotadas, mostram uma tentativa de aproximar a população, sobretudo a mais despossuída de recursos, da busca pela resolução de suas demandas, posto que a ausência de iniciativas nessa perspectiva implicou e continua a implicar em obstáculo ao acesso à ordem jurídica justa.

3 A LINGUAGEM JURÍDICA EM “JUSTIÇA” E “JUÍZO” COMO MANIFESTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE SABER-PODER-VERDADE.

Aconsolidação do “Giro Linguístico” ao longo do século XX proporcionou uma revisão da concepção que se tinha até o momento acerca do discurso. *A priori*, convém ressaltar que a ideia de discurso estava atrelada à noção de que o emitente, ou seja, quem fala, estabelecia uma relação comunicativa com o ouvinte a partir de determinado código, nesse caso, a língua, com o intuito de

transmitir uma mensagem, isto é, um conteúdo/significado.

Posteriormente, os analistas do discurso, sobretudo os de linha francesa, começaram a revisar este conceito, uma vez que perceberam nessa prática um instrumento muito poderoso para a construção de determinadas verdades sociais, ancoradas em sistemas de poder e/ou dominação, que se perpetuavam a partir da naturalização de determinados problemas de cunho social.

Consagrado internacionalmente como um dos maiores analistas do discurso do século XX, Michel Foucault desenvolveu uma nova forma de se enxergar o processo discursivo. Segundo ele, o discurso não se restringia ao mero enunciado, como defendido por outras correntes da AD, mais vai além. Para Foucault, o ato discursivo ligava-se à ideia de “prática”, haja vista que possuía procedimentos sob a égide interna e externa que controlavam sua produção em sociedade. Segundo ele: “[...] o discurso está na ordem das leis; que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra, mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que ele advém” (FOUCAULT, 2007, p. 7).

Nessa perspectiva, Foucault atribui ao discurso algumas características como a descontinuidade (o discurso não atua de forma estanque; pelo contrário, ele atua de forma dinâmica), a noção de acontecimento (baseia-se em uma ótica deôntica, no caso, o discurso não é, ele está sendo), além dos efeitos que são produzidos socialmente, como as relações de saber-poder-verdade (para esse filósofo, o discurso permeia relações de poder descentralizadas e que operam a partir de determinado saber, com o intuito de produzir um regime de verdade sobre algo em sociedade).

A partir disso, compreende-se a necessidade de analisar o fenômeno da linguagem jurídica como um óbice no acesso ao Judiciário a partir da premissa foucaultiana, uma vez que, mais do que mera tradição no âmbito judicial, o uso de expressões e frases muito complexas nos textos jurídicos representa a naturalização das relações de poder-saber, como as que são apresentadas nos documentários “Justiça” e “Juízo”.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que o ambiente utilizado por Maria Augusta Ramos para a produção dos filmes contempla uma sistemática de busca pela verdade real, premissa consagrada no Processo Penal e que visa ir além do ônus da prova, centralizando sua atenção na busca do elemento subjetivo, ou seja, o dolo, em contraposição ao que ocorre no Processo Civil, onde a verdade ficta, isto é, o fato baseado em provas, tem maior força.

[...] a validade do julgamento baseia-se – pelo menos em parte – na veracidade de certos enunciados. Se forem falsos, o julgamento pode ser modificado; sua validade não se deve simplesmente ao fato de a causa ter sido procedente, o procedimento judicial ter sido observado e a sentença ter sido corretamente dada. É necessário que a verdade tenha sido dita. (FOUCAULT, 2014, p. 66).

Ainda nessa ótica, complementa Foucault:

A verdade não é o que a pessoa diz (nem relação entre o que diz e o que é ou não

é). É o que ela enfrenta, aquilo a que aceita, ou não, fazer frente. É a força temível à qual se entrega. É uma força autônoma. [...] É uma força à qual a pessoa se expõe e que tem seu próprio poder de intimidação. Há nela algo que aterroriza. A verdade não é tanto uma lei que acorrenta os homens, é antes uma força que pode desencadear-se contra eles. (FOUCAULT, 2014, p. 68).

Nesse sentido, é possível afirmar que o uso da linguagem jurídica, conforme retratada nos documentários, está diretamente interligada ao que Foucault denomina como “procedimentos de exclusão”, qual seja, a interdição, a separação e rejeição e a vontade de verdade. De acordo com o pensador, em sua aula inaugural no *Collège de France*, intitulada “A Ordem do Discurso”:

[...] a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2007, p. 8-9).

Isso se evidencia nos filmes, de forma bastante eficaz, quando Maria Augusta Ramos retrata uma das cenas de “Juízo” em que o réu, à época do fato, menor de idade, era acusado de roubo. Ele estava sob custódia no Instituto Padre Severino, esperando a realização de sua audiência e, após a conclusão, em que foi conferido a ele Liberdade Assistida, houve uma rebelião no instituto e o réu, mesmo tendo sua liberdade decretada, não entendeu os termos utilizados pelos profissionais do Judiciário e acabou fugindo, sendo obrigado, anos depois, a prestar esclarecimentos sobre esse mesmo fato:

[...] **Defensoria Pública** – Não, quer ver, ele tava lá aguardando alguma, algum julgamento. Porque ele tava no Padre. Cê não tava lá aguardando a audiência de continuação?

Réu – (Acenando em confirmação com a cabeça) É.

Defensoria Pública – Ele tava lá, era isso mesmo que aconteceu em 2002, que fizeram um buraco no muro e vários elementos fugiram.

Juíza – Não, mas não foi isso porque, porque segundo consta, ela tava em L.A. Se ele tava em L.A., ele não tava aguardando. Nada...

MP – Que tem... Tem uma decisão de Liberdade Assistida no processo do roubo.

Defensoria Pública – Vá ver que ele, foi concedida a L.A., e ele fugiu antes de se implementar a própria L.A.

MP – Não, porque ele foi ouvido nessa audiência (Silêncio). Você só tinha essa passagem por roubo ou você tinha outro processo?

Réu – Não, senhor. Eu só tinha essa passagem, porque... Aí o que acontece, eu tenho um filho de um ano e dois meses, então o povo aí, os moleques falaram: pô! Aí, tua mulher e teu filho tão passando dificuldade de cumê, porque minha mãe mora em barraco, então o que acontece, não tem condições de sustentar minha mulher e minha filha, meu filho (o réu se autocorrigue e permanece tenso). O que acontece, aí..., eu não sei o que é L.A., porque eu estudei até a terceira série, então...

Juíza – L.A. é liberdade assistida (a magistrada suspira e apresenta expressão facial um pouco enfadada) [...] (JUÍZO, 2008).

A rigor, é possível dizer que o fato de, em ambiente judicial, o representante do Estado-Juiz, no caso, a magistrada, utilizar-se de uma linguagem muito complexa para o nível socioeducacional do interrogado faz com ela exerça um direito preferencial de fala, haja vista que sua postura enquanto agente estatal encontra-se ligada a uma condição de influência, isto é, à magistrada, cabe o poder de falar, na medida em que ela é a qualificada para tal (interdição). Em suma, existe um direito de preferência de um determinado ator social a falar sobre determinado tema, nesse caso, em relação aos delitos cometidos.

[...] o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. (FOUCAULT, 2007, p. 39).

Em consequência disso, ocorre o segundo procedimento de exclusão – a separação e rejeição – visto que, uma vez dado a algum dos membros do Judiciário esse direito preferencial de fala, a consequência resultante disso é a segregação socioespacial a qual os detentos apresentados nos dois documentários são submetidos, já que acabam morrendo em decorrência do tráfico, exercendo empregos subalternos e tendo de lidar com um sentimento de desprezo coletivo, g.v. Assim, a busca por uma vontade de verdade acaba perpassando pela via institucional, de modo que um conjunto de narrativas (como a do sujeito criminoso) ganham legitimidade social.

Ora, essa vontade de verdade, como os outros sistemas de exclusão, apoia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas [...] Mas ela é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído. (FOUCAULT, 2007, p.17).

De modo análogo, Pierre Bourdieu (1930-2002), sociólogo francês, ao pensar o poder a partir de uma perspectiva ancorada no Interacionismo Simbólico, analisa o fenômeno jurídico, dando ênfase ao aspecto linguístico, haja vista que, de acordo com o teórico, a representação da linguagem jurídica eivada em arcaísmos reforça um sistema de dominação a partir de uma perspectiva simbólica, isto é, que tende a mostrar-se mais violenta, uma vez que opera a partir do silenciamento e da naturalização de determinados problemas sociais, da mesma forma que Foucault defendia a ideia de que o poder não opera a partir da repressão, mas sim da produção, no caso, de “corpos dóceis”.

O poder simbólico como o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer

crer e fazer ver, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo: poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico da mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer ignorado como arbitrário. (BOURDIEU, 1989, p. 14).

Nessa perspectiva, o uso de uma linguagem jurídica sofisticada atende ao interesse de promover a manutenção das desigualdades, aniquilando, de modo eficaz, qualquer proposta de suavização da distância existente entre o nível linguístico dos membros do judiciário e da população leiga que, em situações como a do jovem retratado no longa, não consegue compreender de forma efetiva e fluida muito do que se diz em ambiente judicial. De acordo com Santana (2012): “Bourdieu explica que esta construção de um discurso homogêneo, engajado nos valores sociais e históricos para o conhecimento jurídico advém inclusive da formação jurídica também homogênea que os ‘operadores do direito’ adquirem”.

Para reforçar este abismo, a linguagem jurídica é projetada de forma a apresentar traços como a imparcialidade e o distanciamento entre a figura do emissor (magistrado, promotor, defensor e serventuários) e o receptor (réu). Dessa forma, permuta-se no meio jurídico, de acordo com Bourdieu, a necessidade de esvaziar a ciência jurídica de reflexões de ordem social, de modo que o questionamento dessas estruturas de poder simbólica permaneçam em *status quo*.

[...] A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da acção jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma ‘teoria pura do direito’ não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo de juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele o seu próprio fundamento (BOURDIEU, 1989, p. 209).

Nesse sentido, apesar de o Pós-Positivismo ter mitigado a noção de que o Direito deve apresentar-se como ciência “pura”, muitos ainda são os desafios para que esta noção possa ser de fato superada, uma vez que a permanência de uma forma de comunicação muito erudita em ambiente judicial dificulta o acesso da população à justiça, mas também ratifica o sentimento de desconfiança coletivo que grande parte das pessoas nutrem pelo Poder Judiciário. Renovar este parâmetro significa construir uma nova ordem jurídica: mais justa, mais atenta aos desníveis educacionais e, portanto, mais efetiva aos anseios da população.

CONCLUSÃO

As obras audiovisuais de Maria Augusta Ramos contribuem para o questionamento sobre a real necessidade de se utilizar uma linguagem muito rebuscada em ambiente judicial, sobretudo em varas criminais, na medida em que lida com classes sociais das mais variadas e, portanto, com

diferentes níveis de acesso ao ensino. Além disso, os documentários fazem críticas ferrenhas ao modo como Estado administra a condução das políticas criminais, que, cada vez mais, tornam-se mecanismos de reincidência para os mais vulneráveis socialmente.

Nesse sentido, é cabível reforçar que esta postura do uso excessivo do juridiquês gera na população um sentimento de desconfiança em relação ao modo como o Estado administra a função jurisdicional, uma vez que não se sente integrada, de fato, à relação jurídica processual, trazendo uma sensação de que o indivíduo simplesmente entrega o litígio nas mãos de um terceiro supostamente imparcial, mas não consegue compreender o que o levou a decidir por determinada via ao invés de outra.

Assim, perpetra-se em sociedade um conjunto de relações de saber-poder, conforme defende Foucault, uma vez que o discurso jurídico, ao mesmo tempo, apresenta-se a partir da interdição (direito preferencial de fala); da separação e rejeição (basta observar a exclusão social à qual os jurisdicionados são submetidos ao longo dos filmes) e da vontade de verdade (no caso, cria-se em coletividade a ideia de um perfil de “sujeito criminoso” que deve ser hostilizado e, muitas vezes, privado de direitos e garantias legais, como o próprio devido processo legal).

Por outro lado, a discussão sobre o uso da linguagem jurídica como o óbice ao acesso à justiça não pode desconsiderar os marcos legais advindos com as “ondas renovatórias do acesso à justiça”, visto que a assistência jurídica aos necessitados, a tutela dos direitos difusos e o próprio enfoque no acesso à justiça questionou os abismos de ordem material que afastam a população da plena resolução de seus litígios e por tabela teorizou a necessidade de se superar as barreiras de cunho social para que se possa falar, de modo efetivo, em acesso ao Judiciário.

Finalmente, Maria Augusta Ramos, a partir de uma perspectiva documental peculiar, abriu portas para que se problematizasse a naturalização dos ritos linguísticos utilizados no dia a dia dos profissionais do direito, de modo que apresentou também alguns dos impactos advindos dessa forma de exercício de poder. Para reforçar isso, os recursos estéticos utilizados pela cineasta no decorrer dos filmes ajudam a reforçar a necessidade de se questionar a ritualização do processo, sobretudo no âmbito penal. Instigante, crítico, comovente e profundamente perturbador, assim se apresentam os filmes “Justiça” e “Juízo”.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Marcelo Dolzany da. A comunicação e o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, v. 7, n. 22, p. 13-19, jul./set. 2003.

FAGNANI, Eduardo. A política social do governo Lula (2003-2010): perspectiva histórica. **SER Social**, v. 13, n. 28, p. 41-80, jan./jun. 2011.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

JUÍZO. Direção e roteiro: Maria Augusta Ramos. Produção: Diler Trindade. Rio de Janeiro: Filmes do Estação, 2007.1 DVD (90 min).

JUSTIÇA. Direção e roteiro: Maria Augusta Ramos. [s.l.: s.n.], 2004. 1 DVD (107 min).

LIRA, Bertrand. A construção da “voz” nos documentários observativos justiça e juízo. **Revista Digital de Cinema Documentário**, Covilhã, n. 13, p. 208-226, dez. 2012. Disponível em: http://doc.ubi.pt/13/artigo_bertrand_lira.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

RAMOS, Clara Leonel; GERVAISEAU, Henri Pierre Arraes de Alencar. Juízo e o teatro da justiça: narrativa e performance. *In*: JORNADA DISCENTE PPGMPA – USP, 1., 2010, São Paulo. **Anais[...]**. São Paulo: ECA, 2010, p. 01-16.

SANTANA, Samene Batista Pereira. A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à Justiça: uma análise sobre o que é o Direito engajado na dialética social e a consequente desrazão de utilizar a linguagem jurídica como barreira entre a sociedade e o Direito/Justiça. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 105, out. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-105/a-linguagem-juridica-como-obstaculo-ao-acesso-a-justica-uma-analise-sobre-o-que-e-o-direito-engajado-na-dialetica-social-e-a-consequente-desrazao-de-utilizar-a-linguagem-juridica-como-barreira-entre-a/>. Acesso em: 27 set. 2020.

SANTANA, Samene Batista Pereira. Regimes de visualidade da violência: biopoder e tanatopolítica em Ônibus 174. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA, 7., 2018, Belo Horizonte. **Anais[...]**. Porto Alegre: RDL, 2019, p. 644-64.

Como citar: SILVA, Vitor Manoel Bonfim; SANTANA, Samene Batista Pereira. A linguagem jurídica e as relações de saber-poder-verdade nos documentários “justiça” e “juízo”. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 152-171, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 152. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 16/12/2020

Aprovado em: 08/04/2022

GOVERNANÇA MUNDIAL AMBIENTAL MULTINÍVEL: UM CAMINHO DESEJÁVEL PARA A SUSTENTABILIDADE NO PLANETA TERRA¹

MULTILEVEL GLOBAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE: A DESIRABLE PATH TO SUSTAINABILITY ON PLANET EARTH

Magno Federici Gomes*
Lélio Braga Calhau**

*Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador e Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Responsabilidade Civil e Processo Ambiental (RECIPRO)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. E-mail: magnofederici@gmail.com

**Doutorando em Direito na Escola Superior Dom Helder (MG). Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos (MG). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Graduado em Psicologia pela UNIVALE. Membro da American Society of Criminology, ABRAMPA - Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente e Instituto O Direito Por Um Planeta Verde. E-mail: direitopenal@gmail.com

Como citar: GOMES, Magno Federici; CALHAU, Lélio Braga. Governança mundial ambiental multinível: um caminho desejável para a sustentabilidade no planeta terra. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 172-187, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 172. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente artigo tem por objetivo investigar a Governança Mundial Multinível, seus desafios no início do século XXI, a emergência ambiental e como ela se apresenta como uma das abordagens mais difíceis, mas eficiente, no sentido de garantir a proteção do Planeta Terra e a sustentabilidade de sua exploração no presente e para as gerações futuras. Assim, esta pesquisa refletirá sobre a efetividade ou não da implantação de uma Governança Ambiental Multinível eficaz e eficiente para a proteção do globo. Para tanto, enfatiza-se a necessidade de se aprimorar a governança mundial do meio ambiente, haja vista que medidas locais ou regionais são insuficientes para garantir a eficácia da proteção ambiental do planeta. Este artigo é original por ultrapassar o contexto atual de setores do governo federal, que defendem que o Brasil deve adotar as medidas protetivas ambientais que entender devidas, sem levar em consideração o sistema internacional de proteção ambiental, o qual vem sendo construído, paulatinamente, ao longo de décadas, pela comunidade internacional. Por fim, este estudo se utiliza do método lógico-dedutivo, por meio do estudo bibliográfico.

Palavras-chave: Governança Multinível. Governança Ambiental. Governança Multinível Global. Governança Multinível Global Ambiental.

Abstract: This paper aims to investigate Multilevel World Governance, its challenges at the beginning of the 21st century, the environmental emergency and how it presents itself as one

¹ Trabalho financiado pelo Edital 03/2019, da Escola Superior Dom Helder Câmara, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Responsabilidade Civil e Processo Ambiental (RECIPRO), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

of the most difficult, yet efficient approaches to guarantee the protection of Planet Earth and sustainability exploitation in the present and for future generations. Thus, this research will reflect on the effectiveness or not of the implementation of an effective and efficient Multilevel Environmental Governance for the protection of the globe. Therefore, the need to improve global environmental governance is emphasized, given that local or regional measures are insufficient to guarantee the effectiveness of the planet's environmental protection. This article is original in that it goes beyond the current context of sectors of the federal government, which argue that Brazil should adopt the environmental protective measures it deems appropriate, without taking into account the international system of environmental protection, which has been gradually built up over time for decades by the international community. Finally, this study uses the logical-deductive method, through the bibliographic study.

Keywords: Multilevel Governance. Environmental Governance. Global Multilevel Governance. Multilevel Global Environmental Governance.

INTRODUÇÃO

Não são poucos os autores que defendem a situação de emergência ambiental em que o Planeta Terra vem enfrentando nas últimas décadas. Parte dessas preocupações foi assimilada e levada à realização da Conferência de Estocolmo, em 1972, sendo tal advento um marco internacional de mudança de paradigmas na defesa do meio ambiente.

Infelizmente, a velocidade da destruição do ecossistema, por conta da ação humana, não diminuiu no último século, levando à constatação de que o modelo de exploração europeu colonial sempre manteve um fim predatório de “saquear” a fauna e a flora nos locais em que os exploradores chegaram. Isso, indubitavelmente, alastrou-se pelas épocas seguintes, fundamentada na perspectiva antropocêntrica de que a natureza existe para ser explorada da forma que a humanidade entender mais útil, mesmo que seja com grande e irreversível destruição.

A contracultura, nos anos sessenta do século XX, fomentou o surgimento de movimentos em defesa dos direitos civis, da população negra, de direitos humanos, em prol das mulheres e, inclusive, em defesa do meio ambiente.

Esses novos valores reoxigenaram o tecido social, aventando para o desenvolvimento econômico a necessidade que fossem observados quando da exploração dos recursos naturais. A ideia era clara, não haveria desenvolvimento sem que a justiça social (e a ambiental) fosse, também, verificada.

A par disso, cada vez mais, nas últimas décadas, consubstanciada em uma série de documentos internacionais, a questão social foi colocada como nuclear junto à questão ambiental. Não há como abordar referido tema (meio ambiente) sem que a justiça social seja, igualmente, um dos pontos centrais em quaisquer das iniciativas modernas desenvolvimentistas.

Várias possibilidades de enfrentamento da grave crise ambiental por qual enfrenta todo o globo são oferecidas e, dentre elas, destaca-se a da Governança Mundial Ambiental Multinível (GMAM).

O presente artigo busca, então, apresentar a tese do surgimento da GMAM como alternativa efetiva para que o conflito ambiental seja enfrentado eficazmente e de forma sustentável em todo o planeta. Enquanto alguns Estados, mediante líderes populistas, obcecados somente com a questão da soberania, não se conscientizarem quanto às suas obrigações, os problemas relativos ao meio ambiente serão cada vez maiores, não recebendo a resposta adequada para essa complexa situação.

O problema que se enfrentará consiste em verificar se a GMAM é uma opção realista, sóbria, consistente, bem como se se enquadra nas melhores práticas internacionais de desenvolvimento sustentável capazes de proteger o globo.

O objetivo geral é o de como organizar a GMAM de modo que ela seja efetiva, e não apenas mais um “foro de especialistas” e de ideias abstratas, que não se concretizam no “mundo da vida” das pessoas. Já o objetivo específico se traduz na discussão e criação de novos instrumentos para que o planeta seja protegido, haja vista a velocidade com que a destruição ambiental vem

ocorrendo, especialmente, após a segunda guerra mundial, na fase conhecida como “A Grande Aceleração”.

Justifica-se este estudo na medida em que a celeridade da devastação do ecossistema é muito maior do que as medidas adotadas por cada país, no sentido de proteção ao meio ambiente. Ao se tratar de um problema estrutural, somente a adoção de medidas pela comunidade internacional poderá propiciar respostas adequadas para esse complexo dilema, que envolve a sobrevivência de todos os seres vivos da Terra.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em cinco tópicos principais. No primeiro, discutir-se-ão os desafios da Ética Ambiental e como ela pode influir na formação de uma cultura ecológica propícia ao surgimento de uma verdadeira governança mundial ambiental.

No segundo tópico, serão tratadas as dificuldades para a construção paulatina de uma governança ambiental mundial e, a partir disso, pode ser importante para se garantir efetividade em temas de relevância para toda a comunidade internacional.

Já o terceiro item discorrerá sobre a questão ambiental e sua emergência, a qual consegue pouca efetividade, com ações locais ou limitadamente regionais. No quarto tópico, tratar-se-á dos esforços vividos pela governança mundial ambiental multinível, com o desafio de equalizar as suas necessidades com o paradigma da “sustentabilidade”.

Por fim, este artigo se utiliza do método lógico-dedutivo, por meio do estudo bibliográfico. Como marco teórico, será empregada a obra “A Desgovernança Mundial da Sustentabilidade”, do autor José Eli da Veiga (2013).

1 ÉTICA AMBIENTAL E O SURGIMENTO DE UMA CULTURA ECOLÓGICA

A situação da devastação ambiental, no Planeta Terra, demanda ações eficazes para que a sua destruição seja interrompida e, até mesmo, revertida. Todavia, não serão atuações isoladas ou medidas de pequena monta que irão converter esse processo destruidor global.

Nem mesmo a edição de leis ambientais protetivas rígidas, em todos os países, por si só, terão o condão de atingirem os resultados necessários. Elas são um instrumento para tanto, mas não o único.

Reverter o processo de devastação planetário demanda medidas que ataquem o cerne de questões profundas, as quais envolvem a vida de todos os indivíduos, e que passam pelas suas escolhas, ao longo dos últimos dois séculos, em especial, sobre o que acreditam ser o melhor para o progresso.

Nesse sentido, Leonardo Boff (2015, p. 271-284) apresenta, pela sua perspectiva, três possíveis grandes cenários para as prováveis respostas da humanidade ao problema ambiental, cada um deles com um resultado diverso: (i) o conservador, o mais provável, com a exploração dos ricos em relação aos pobres, com um neoliberalismo globalizado insensível à questão dos hipossuficientes economicamente; (ii) o reformista, dentro de uma matriz moderna, mas que busca

minimizar os resultados negativos, incluindo, aqui, o ecodesenvolvimento, a figura controversa da economia verde, contudo, sem abdicar do propósito clássico do desenvolvimento sustentável e, por fim; (iii) o modelo libertador, uma real alternativa, a qual comporta uma profunda visão da civilização.

Infelizmente, a devastação dos recursos naturais mundiais transpassa mais por “questões éticas”, as quais levaram posteriormente à adoção de iniciativas econômicas, culminando na exploração predatória ambiental de forma cada vez mais prejudicial para a humanidade. Sem a resolução desses problemas prévios, as medidas econômicas posteriores já serão decididas sobre pressupostos ecológicos equivocados, uma vez que não haverá uma intervenção no núcleo da celeuma.

A situação é tão grave que, hoje, não há dúvida que, antes da destruição da Terra, os seres humanos serão os destruídos, uma vez que vivem um consumismo absurdo e sem limites, quando o planeta já dá claros sinais de que começa a se esgotar.

Nesse contexto, Enrique Leff (2009, p. 281-282). adverte sobre o que deve ser implantada nessa cultura ecológica, dentro de uma verdadeira e nova racionalidade ambiental, para que se possa reverter o quadro de danosidade do ecossistema em alta velocidade, a qual poderá levar, no futuro, à destruição da humanidade:

A cultura ecológica deve ser concebida num quadro mais amplo, no qual estes processos ideológicos transformam as relações de produção e as relações de poder entre Estado e sociedade. Assim a cultura ecológica abrange a construção de uma racionalidade ambiental mediante os seguintes processos:

- a) O estabelecimento dos parâmetros axiológicos de uma ética ambiental, no qual se forjam os princípios morais que legitimam as condutas individuais e o comportamento social perante a natureza, o ambiente e o uso dos recursos naturais.
- b) A construção de uma teoria ambiental por meio da transformação dos conceitos, técnicas e instrumentos com o fim de conduzir os processos socioeconômicos para estilos de desenvolvimento sustentáveis.
- c) A mobilização de diferentes grupos sociais e a colocação em prática de projetos de gestão ambiental participativa baseados nos princípios de uma racionalidade ambiental e nos objetivos da sustentabilidade.

Portanto, não adianta somente editar leis punitivas, as quais apenas irão atuar posteriormente à ocorrência do dano ambiental, quando, de forma generalizada e internalizada por um grande número de pessoas pelo globo, a exploração predatória, “maquiada” com outros nomes (um verdadeiro *greenwashing* ético), incentivam as pessoas a consumirem, cada vez mais, como se os recursos planetários fossem infindáveis. Isso não traduz uma preocupação com o grau de recursos que as próximas gerações terão acesso, e que podem levar não apenas a uma redução da qualidade de vida, mas, também, a eventos catastróficos irreversíveis, em poucas décadas.

Nesse prisma, além de irem de encontro ao processo civilizatório, causa estranheza as tentativas de alguns países em negar vigência às convenções internacionais ambientais, em razão

de um determinado líder ou outro, que se revezou no processo democrático, entendendo ser algo ruim para o seu projeto pessoal de poder.

Aliás, esse populismo negacionista só possui o condão de levar ao isolamento a comunidade internacional, prejudicando a humanidade e o planeta como um todo. Não há como manter os padrões de consumo adotados, na atualidade, pelo modelo capitalista. Isso precisa ser revisto em escala mundial, pois não há nenhum paradigma econômico, por mais vitorioso que seja, que esteja autorizado a funcionar com o resultado concreto de levar a humanidade à própria destruição.

Daí a importância de a governança global ser um mecanismo adequado para o enfrentamento dos desafios prementes relacionados à questão do meio ambiente mundial, por meio da adoção de uma ética ambiental que consubstancie esses novos valores. Igualmente se espera que isso possa ser seguido pelas pessoas, de forma que as ações de proteção ao meio ambiente, inseridas em cada soberania nacional, e as de governança ambiental multinível ambiental, sejam criadas para aperfeiçoar as atuações, e não para, tardiamente, tentar corrigir as escolhas econômicas insustentáveis de bilhões de indivíduos.

A situação da crise ambiental ou “uma nova” e irrecuperável destruição do ecossistema é também motivo de grave advertência feita por Michel Serres (2011, p. 90-91):

De fato, basta levar as coisas ao extremo para se dar conta dessa consequência. No termo, global, do formidável crescimento que contagia com seu ritmo meu livro, vejam se erguer diante de vocês uma figura dura do Dilúvio: o planeta totalmente invadido por lixo e outdoors, lagos saturados de dejetos, fossos submarinos entulhados de plásticos, mares cobertos de destroços, de detritos e de restos orgânicos... Em cada rochedo de montanha, em cada folha de árvore, em cada área lavrável [...]. Se imprime alguma publicidade; em cada relva se escrevem letras; as grandes marcas mundiais desenham suas imagens enormes nas geleiras gigantescas do Himalaia. Como a catedral da lenda, a paisagem é engolida por um tsunami de signos. Desaparecidas todas as demais espécies, estaremos sozinhos no mundo, a sós com nós mesmos. Nessa arca global, habitada apenas por nossa espécie, em que restam alguns dejetos de política - o público da publicidade -, a natureza se abisma sob a “cultura” [...].

Não há mais a possibilidade de que as ações de proteção do meio ambiente sejam postergadas ou diminuídas na sua efetividade, pois o planeta já não suporta o grau e a velocidade da devastação ambiental.

A destruição do ecossistema é percebida em todas as regiões e, inclusive, em locais inóspitos. O ser humano, com o modelo de consumo adotado e globalizado no que tem de pior, é o seu principal inimigo no processo de aniquilamento de sua casa, o Planeta Terra.

2 GOVERNANÇA MUNDIAL MULTINÍVEL

Não foram poucas as vezes em que a humanidade chegou perto de se destruir, notadamente,

após o advento da criação das bombas atômicas no século XX.

Já no início da referida era, a preocupação de que algo deveria ser feito no sentido de se criar um mecanismo internacional, o qual objetivasse permitir que os países encontrassem um instrumento para dirimir eventuais tensões, levou a uma primeira e importante tentativa: a Liga das Nações, de 1919.

Mediante essa organização internacional, buscava-se criar um espaço de mediação e resolução de conflitos entre os Estados, com o fito de evitar que diferenças acabassem ensejando uma situação de guerra, o que não era desejável por nenhum dos envolvidos face ao caráter de terror que tal evento acarreta às populações envolvidas. Segundo a Fundação Getúlio Vargas (2020):

A Liga possuía uma Secretaria Geral permanente, sediada em Genebra, e era composta de uma Assembleia Geral e um Conselho Executivo. A Assembleia Geral reunia, uma vez por ano, representantes de todos os países membros da organização, cada qual com direito a um voto. Já o Conselho, principal órgão político e decisório, era composto de membros permanentes (Grã-Bretanha, França, Itália, Japão e, posteriormente, Alemanha e União Soviética) e não-permanentes, estes últimos escolhidos pela Assembleia Geral. Não possuindo forças armadas próprias, o poder de coerção da Liga das Nações baseava-se apenas em sanções econômicas e militares. Sua atuação foi bem-sucedida no arbitramento de disputas nos Bálcãs e na América Latina, na assistência econômica e na proteção a refugiados, na supervisão do sistema de mandatos coloniais e na administração de territórios livres como a cidade de Dantzig. Mas ela se revelou impotente para bloquear a invasão japonesa da Manchúria (1931), a agressão italiana à Etiópia (1935) e o ataque russo à Finlândia (1939). [...].

Todavia, a Liga das Nações foi incapaz de prevenir e impedir a ocorrência da II Grande Guerra Mundial, sendo dissolvida, oficialmente, em 1946, quando já surgia, na esfera internacional, o que viria a ser depois uma das iniciativas mais relevantes de toda a história, a criação e o posterior desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945.

O importante trabalho que a ONU realizou, com muita dificuldade, na Guerra Fria, e que ainda hoje, com toda a certeza, contribui para que o espaço de mediação, com todas as suas dificuldades e limitações, se engrandeça, proporcionou o fomento para que outros organismos internacionais expandissem a sua atuação em diversos outros foros mediadores, quais sejam, na economia, no comércio internacional, no combate aos crimes praticados por organizações criminosas e na defesa dos direitos humanos.

Com isso, começou-se a consolidar, ao longo das décadas seguintes, um pensamento de que os problemas mundiais poderiam ser enfrentados, mediante um mecanismo de “governança global”. Nesse sentido, as lições de José Eli Veiga (2013, p. 13):

A expressão “governança global” começou a se legitimar entre os cientistas sociais e tomadores de decisões a partir do final da década de 1980, basicamente para designar atividades geradoras de instituições (regras do jogo) que garantem que um mundo formado por Estados-nação se governe sem que disponha de

governo central. Atividades para as quais também se contribuem muitos atores da sociedade civil, além de, é claro, governos nacionais e organizações internacionais.

No momento, com o crescimento de líderes populistas em várias regiões do mundo, diversas entidades internacionais, tais como, a União Europeia, a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial de Saúde (OMS), dentre outras, estão sob ataque. De certo, há uma série de dificuldades quando se trata dessas organizações, mas, não restam dúvidas que elas contribuem para a tomada de decisões com um mínimo de racionalidade no patamar global.

Veiga (2013, p. 42) cita três questões essenciais para o debate sobre a governança global do desenvolvimento, e que são relevadas: a das desigualdades, a das tendências de mudanças e a da sua própria arquitetura organizacional.

É indubitável que o aperfeiçoamento e as transformações são bem-vindos, todavia, a tentativa de esvaziá-los, do modo como os líderes populistas vêm defendendo, significa o retrocesso do processo civilizatório. Além disso, desconsideram as décadas de atuação de diversas nações, ao longo de gerações, para que tal nível de diálogo e de ação internacional fosse construído.

Para que um modelo libertador ético ambiental seja alcançado, com resultados consistentes na defesa do meio ambiente, da humanidade e de todos os seres vivos, a necessidade de um *approach* global (e não apenas local) é essencial, não somente para a proteção do presente, mas para o destino das gerações futuras. A cooperação entre as nações é uma necessidade para a sobrevivência da humanidade.

Superar a concepção isolacionista e buscar a perpetuidade no poder apenas com o conceito de soberania, desrespeitando, por outro lado, compromissos morais, éticos, jurídicos e de relações internacionais, não somente segrega um país na comunidade internacional, como enfraquece a própria comunidade estrangeira, desconstruindo redes de proteção ambiental que foram lentamente consolidadas ao longo dos últimos cinquenta anos.

Sobre isso, pontuam Magno Federici Gomes e Leandro José Ferreira (2017, p. 96) que as medidas de amplitude internacional devem ser efetivas e não podem ser tratadas pelos Estados tão somente como ações meramente simbólicas:

Medidas precisam ser tomadas muito além de conferências internacionais e cartas de boas intenções. Medidas sérias e imediatas de combate à poluição da água, do solo, do ar e da terra precisam ser amplamente difundidas e implementadas. As falácias e os discursos dotados de belas e representativas palavras precisam ser sistematicamente permutados para ações concretas e eficientes de combate ao desmatamento e ao incessante desejo de poluir o planeta.

Não se trata de se submeter totalmente aos organismos internacionais, como alguns ativistas reclamam, ou de ofender o próprio conceito de soberania, mas significa agir em conjunto com a comunidade estrangeira, na busca da construção de uma governança mundial, que poderá ser, na questão ambiental, a responsável, no futuro, pela própria sobrevivência da humanidade.

3 A QUESTÃO AMBIENTAL E SUA EMERGÊNCIA

Já não há mais tempo para agir quando o assunto é salvar o Planeta Terra. A proteção do meio ambiente gera uma “onda de esforços” em todas as nações, a fim de que se atinja o “*point of no return*” e para que o mundo não seja destruído em um “caminho sem volta”.

Alguns pesquisadores apontam que, atualmente, o mundo vive uma nova era geológica, o Antropoceno, em que a ação predatória dos seres humanos, que começou após a Revolução Industrial, tornou-se mais violenta com a “A Grande Aceleração” ocorrida após os anos de 1950.

O consumismo desenfreado é um dos grandes responsáveis pela devastação ambiental mundial e não há mais como esse meio de vida ser sustentado. Chega-se a mencionar que o meio ambiente, tal como era conhecido, não voltará nunca mais a ser o mesmo. Nesse contexto, adverte Albert Jacquard (2004, p. 14):

Crise é uma situação provisória que tem um começo, um fim e acaba mais ou menos brevemente. O conceito de “crise” é perigosamente enganador, pois implica que, mesmo se a situação atual não é exatamente semelhante a do passado, ela se manifestará de novo. O que a sociedade está vivendo hoje não terá um fim que levará ao estado anterior. Não devemos, portanto falar de crise, mas de “mutação irreversível”, no sentido em que a entendem os biólogos. Não haverá retorno.

Medidas isoladas adotadas pelos países, de forma descoordenada, podem não surtir o efeito necessário tanto para uma “crise” quanto para uma “mutação irreversível” do meio ambiente. Trata-se de um problema local e global ao mesmo tempo, que demanda ações concatenadas para que seja enfrentado de forma eficiente e efetiva. São, inclusive, as orientações de vários documentos internacionais que tratam da questão ambiental.

Nesse ponto, deve-se registrar, mais uma vez, a ação negativa e perniciosa que os negacionistas têm exercido junto às populações, espalhando *fake news* sobre uma possível “gravidade menor do problema”.

Ao desafiar a quase totalidade dos resultados científicos sobre as mudanças climáticas, por exemplo, tais indivíduos espalham notícias falsas ao relatarem que as alterações do clima são eventos totalmente naturais e vão se resolver, automaticamente, no futuro, por ser um “ciclo” do planeta, quando os estudos realizados comprovam que a situação já é muito grave e foi prejudicada, ainda mais, pela ação destrutiva dos seres humanos.

4 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A GOVERNANÇA MUNDIAL AMBIENTAL MULTINÍVEL (GMAM)

As celeumas enfrentadas na tentativa de se construir uma governança global são ainda maiores quando se trata de GMAM. Conceituá-la é importante para que haja a compreensão da

sua complexidade e amplitude.

Com uma nomenclatura similar e com o mesmo sentido, pode-se definir essa governação mundial ambiental multinível (ou governança ambiental global), nas lições de Adil Najam, Mihaela Papa e Naada Taiyab, (2006, p. 3) como:

Entendemos a governança ambiental global (GEG) como a soma de organizações, instrumentos de política, mecanismos de financiamento, regras, procedimentos e normas que regulam os processos de meio ambiente global de proteção. Desde que as questões ambientais entraram na agenda internacional no início dos anos 1970, políticas e políticas ambientais globais vem se desenvolvendo rapidamente. O nosso sistema de governança ambiental, na atualidade, reflete tanto os sucessos, quanto os fracassos desse desenvolvimento². (tradução nossa).

Aqui, não somente se enfrentam os interesses econômicos, que, muitas das vezes, vão de encontro à pauta de preservação do meio ambiente, como também as ações dos negacionistas, que tentam minimizar o problema planetário.

Além disso, em vários continentes, líderes políticos populistas e/ou ultranacionalistas, que se voltam unicamente para os supostos interesses de seus eleitores, buscam, por meio de ataques retóricos baseados em questões reducionistas envolvendo a soberania, retirar a legitimidade de ações voltadas ao aperfeiçoamento de qualquer iniciativa de governança global, as quais são contrárias aos seus projetos pessoais de poder.

Além disso, há uma permanente tensão entre os desenvolvimentistas e os ambientalistas que, dentro do próprio conceito de desenvolvimento sustentável, estão longe de um consenso sobre a amplitude e a sua própria interpretação.

Sobre a pressão econômica atual e a conseqüente devastação do Planeta Terra, Boaventura de Souza Santos e Marilena Chauí (2013, p. 88-89) mencionam que:

A segunda característica que, no limiar do século XXI, o desenvolvimento capitalista toca os limites de carga do planeta Terra. Em 2012, diversos recordes de perigo climático foram ultrapassados nos EUA, na Índia, no Ártico, e os fenômenos climáticos extremos repetem-se com cada vez maior frequência e gravidade. Aí estão as secas, as inundações, a crise alimentar, a especulação com produtos agrícolas, a escassez crescente de água potável, o desvio de terrenos agrícolas para os agrocombustíveis e o desmatamento das florestas. Paulatinamente, vai-se constatando que os fatores de crise estão cada vez mais articulados e são afinal manifestações da mesma crise, a qual, pelas suas dimensões, se apresenta como crise civilizatória. Tudo está ligado: a crise alimentar, a crise ambiental, a crise energética, a especulação financeira sobre as commodities e recursos naturais, a grilagem e a concentração de terra, a expansão desordenada da fronteira agrícola, a voracidade da exploração dos recursos naturais, a escassez de água potável e a

2 Texto original: “*We understand global environmental governance (GEG) as the sum of organizations, policy instruments, financing mechanisms, rules, procedures and norms that regulate the processes of global environmental protection. Since environmental issues entered the international agenda in the early 1970s, global environmental politics and policies have been developing rapidly. The environmental governance system we have today reflects both the successes and failures of this development*” (NAJAM; PAPA; NAADA, 2006, p. 3).

privatização da água, a violência no campo[...].

Destarte, cabe à humanidade adotar uma verdadeira revolução em seus hábitos de consumo ou, em contrapartida, em pouco tempo, a devastação ambiental será irreversível não apenas às gerações futuras, mas para todos os seres vivos já no presente. Isto posto, a GMAM é uma das opções realistas e possíveis para se enfrentar esse complexo problema.

Convém mencionar que a temática social se encontra totalmente interligada à questão ambiental. Ken Conca (2015, p. 148) informa sobre o embate da falta de paz, *in verbis*:

Meio ambiente e paz estão inextricavelmente entrelaçados. Desafios ambientais e a má gestão dos recursos naturais pode ameaçar, ainda, a paz. O conflito violento mina, até mesmo os melhores esforços para promover a sustentabilidade. E a melhor gestão dos recursos naturais pode aumentar a paz, mesmo protegendo o meio ambiente. No entanto, como os direitos humanos, a paz historicamente tem sido um tema pouco desenvolvido no trabalho ambiental da ONU³. (tradução nossa).

Pode-se citar, assim, como um exemplo positivo de ação internacional, o Tratado da Antártida, de 1959, que impediu a destruição de uma grande área territorial, inóspita, mas extremamente rica em recursos ambientais. Provavelmente, caso esse diploma não tivesse sido assinado no passado, atualmente, haveria grandes corporações industrialmente estabelecidas naquele continente, com a inevitável devastação implantada nos padrões que veem sendo executados no restante do planeta.

Foi a partir da década seguinte, nos anos de 1960, que o movimento ambiental ganhou força, no que ensinam Evaldo Dias Oliveira e Thábata Biazuz Veronese (2009, p. 187):

É principalmente a partir da década de 1960 que se inicia um processo de revisão esta relação do homem com seu ambiente, e a percepção de que sua conduta predatória coloca em risco sua própria sobrevivência. As discussões que se seguiram, ao redor do mundo, apontariam para uma necessária revisão da postura adotada pelo homem na exploração dos recursos naturais, culminando em 1972 com a realização da 1ª Conferência Mundial do Meio Ambiente em Estocolmo, na Suécia, promovida pela Organização das Nações Unidas e ainda uma segunda conferência em 1992, além de reuniões setorializadas, convenções, elaboração de acordos e tratados.

Embora o assunto da proteção ambiental internacional já estivesse sendo discutido em alguns foros estrangeiros ao longo do século XX, porém, ainda pautados em visões extremamente antropocentristas foi a Convenção de Estocolmo, de 1972, que consagrou a causa ambiental como

3 Texto original: “Environment and peace are inextricably entwined. Environmental challenges and poor natural resource management can threaten peace. Violent conflict undermines even the best efforts to promote sustainability. And better management of natural resources can enhance peace even as it protects the environment. Yet, like human rights, peace historically has been an underdeveloped theme in the UN’s environmental work” (CONCA, 2015, p. 148).

uma pauta mundial, cuja necessidade de que fosse respeitada por todos os Estados era urgente.

No mesmo ano, a ONU lançou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que, nas palavras de Wagner Costa Ribeiro (2020, p. 82):

Estabelecido em dezembro de 1972 pela Assembleia Geral da ONU, o PNUMA passou a funcionar em 1973. Num primeiro momento, ele operava como um programa de ação voltado para a temática ambiental e ganhou aos poucos um peso institucional maior na ONU, embora ainda não tenha o prestígio de organismos como a Unesco ou a FAO. O PNUMA também coordena o Fundo Mundial para o Meio Ambiente - que conta com a contribuição de vários países filiados -- sendo muitas vezes confundido com ele.

O PNUMA e as ações de organizações não governamentais (ONGs) ambientais, que se expandiram fortemente após a Convenção de Estocolmo, de 1972, mobilizando a opinião pública, receberam apoio de um número cada vez maior de pesquisas científicas, as quais reforçaram a causa ambiental, sendo que diversos encontros internacionais foram realizados nos anos seguintes, culminando na Rio 92.

Conforme afirmam Julia Vaz Lorenzetti e Rosinha Machado Carrion (2012, p. 727-730), são considerados atores da governança ambiental global, em especial: os Estados, a ONU e suas instituições, as instituições econômicas globais, o Fundo Mundial para o Meio Ambiente, a sociedade civil e o setor privado.

É indubitável que os Estados exercem um encargo de suma importância, positiva ou negativamente, na governança global de qualquer espécie, mas, a ação dos demais atores também possui relevância para o sucesso de qualquer tentativa realista de recolocar, “nos trilhos da racionalidade”, o uso racional do meio ambiente.

Igualmente, a ONU e suas instituições têm tido um papel fundamental e nuclear na governança global ambiental, pois, em algumas situações, por exemplo, em que são demandadas provas técnicas de valores elevados, a ação das ONGs fica prejudicada, vez que os recursos disponíveis, no geral, são bem menores que aqueles conferidos aos Estados.

O Organismo Internacional supracitado, mesmo sendo custeado pelos diversos Estados que o compõem, e mesmo sem possuir um orçamento tão expressivo, acaba facilitando e servindo como um espaço primordial de mediação para situações muito complexas e que demandam vultoso recurso financeiro.

São inúmeras as contribuições da ONU e de suas instituições. Apenas a título exemplificativo, atualmente, pode-se citar o estabelecimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), no ano de 2015, dentro do PNUD. Tais diretrizes foram assinadas por 193 (cento e noventa e três) Estados membros da Organização, cujo fim é o de estabelecer um “rumo” para as ações internacionais nos próximos 15 (quinze) anos.

Se cada país adotar uma direção de prioridades naquilo que entende ser o fomento do “desenvolvimento sustentável” haverá uma série de medidas que poderão até ser contraditórias, ineficientes, deixando o meio ambiente ainda mais desprotegido. Quando a ONU apresenta uma

direção, ela deixa as nações livres para agirem, embora apresente um rumo consistente para que medidas efetivas sejam adotadas. Assim, ela traz ordem e sistematização, evitando que as providências ambientais praticadas possam se dispersar dentro dos sistemas burocrático, político e administrativo de cada nação.

Sobre a necessidade de se atentar para a complexidade do conceito de desenvolvimento sustentável, Gomes e Ferreira (2017, p. 104) alertam para o seguinte:

[...]A sustentabilidade possui um conceito e um caráter multidimensional, e propõe o avanço das dimensões, social, econômica, ética, ambiental e jurídicopolítica, onde elas possam ser efetivadas mutuamente, de forma a alcançar o plexo da sustentabilidade. Considera-se que as dimensões da sustentabilidade são entrelaçadas e que seu desenvolvimento deve ocorrer de modo conjugado, onde nenhuma delas possa ser esquecida ou postergada, sob pena de insustentabilidade.

Nesse contexto, a sustentabilidade é extremamente relevante para que a proteção do meio ambiente seja efetivada em várias dimensões ao mesmo tempo.

A humanidade é, de fato, uma orquestra sinfônica ambiental, que, com toda a complexidade de seus instrumentos e atores almeja cada vez mais o aperfeiçoamento, a fim de que o resultado final seja o mais eficaz possível para a proteção do planeta.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, sob essa perspectiva, são de fundamental importância para que tal “orquestra planetária” consiga, paulatinamente, aperfeiçoar-se (e se afeiçoar) cada vez mais, no sentido de ser uma efetiva ação coordenada de Estados, empresas e da própria sociedade civil.

Nesse prisma, Magno Federici Gomes e Warley Ribeiro Oliveira (2018, p. 274) reforçam a relevância fulcral dos ODS para influenciar o tecido social no tocante às mudanças que são necessárias:

O que se pode perceber é que os ODS buscam mais do que normas instituídas sobre o tema, a missão da ONU no lançamento desses objetivos é criar atitudes reais para o desenvolvimento sustentável, e para que isso ocorra é preciso uma participação do Poder Público efetivamente na identificação de agentes que praticam tais atitudes, o grande problema gira em torno da grande corrupção local, que acaba refletindo na gestão global dos demais problemas da sociedade. Assim, com a extinção da corrupção e do suborno, os demais problemas da sociedade podem ser identificados de forma mais simples, pois com gestão transparente e finanças adequadas pode-se alcançar certo conforto para as demandas que a comunidade mundial é carente.

A não adesão da sociedade aos ODS dificultará os avanços necessários, haja vista que Estado algum poderá resolvê-los sem o envolvimento da sociedade civil e das outras nações, igualmente numa cooperação internacional. Dessa forma, combater a corrupção que envolve a questão ambiental é de suma importância para que se consigam resultados concretos e realistas na

proteção do ecossistema.

Dentre esses atores reputa-se de extrema relevância o trabalho intenso e incansável do setor privado e, em especial, das ONGs. Desde o ano de 1972, com a Convenção de Estocolmo e, a partir de 1992, com uma atuação enfática na Rio 92, essas entidades têm cada vez mais contribuído para a defesa do meio ambiente por todo mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção do planeta Terra é um dos temas mais urgentes da humanidade no século XXI. As ações predatórias do homem, que foram se avolumando ao longo dos séculos, não permitem mais o titubeio ou a adoção de medidas pouco eficientes na defesa do globo. A devastação do mundo e da própria raça humana somente será evitada mediante uma nova ética ambiental, pautada em um moderno padrão de racionalidade que leve à exploração do planeta de uma forma sustentável, e sem a influência nefasta e atual do consumismo.

Para que a humanidade possa alcançar esse necessário objetivo, a governança global multinível se apresenta como uma das direções, inserida nos muitos caminhos difíceis e tortuosos que devem ser trilhados, mas com a seriedade que o tema demanda.

Em tempos da ascensão de governos populistas e até negacionistas ao redor do mundo, tal missão não será uma das mais fáceis, porém, não se pode sucumbir aos obstáculos, haja vista que, somente com a Governança Mundial Ambiental Multinível (GMAM), será possível a efetiva tomada de decisões necessárias para romper o processo civilizatório consumista destrutivo atual, superando conceitos estanques e tradicionais, tal como o da soberania.

Posto isto, a GMAM é o tema deste texto e o problema trabalhado diz respeito à possibilidade de sua existência garantir uma melhor proteção ambiental do planeta. Os seus atores, especialmente, os Estados, a ONU e suas instituições, as instituições econômicas globais, o Fundo Mundial para o Meio Ambiente, a sociedade civil e o setor privado, dentre outros, são uma verdadeira “orquestra sinfônica global da vida”, reunindo o melhor dos valores da raça humana na luta pela preservação de Gaia, que pertence não somente à geração presente, mas a todos os seres vivos e suas respectivas gerações futuras.

Para que se possa atingir um nível de amadurecimento adequado ao funcionamento de uma GMAM, a construção de uma ética ecológica junto à população foi demonstrada, inclusive, com a substituição do modelo de consumismo atual, incapaz de ser sustentado pelo planeta.

Qualquer governança mundial de desenvolvimento e a ambiental, aqui, também se enquadrando, enfrentará uma série de dificuldades, tais como, os movimentos nacionalistas recentes, as discussões envolvendo a própria soberania dos Estados e a efetividade ou não dessas estruturas internacionais, inclusive, o problema das *fake news*.

Os objetivos deste artigo foram cumpridos ao se destacar que a GMAM é um relevante instrumento na defesa do meio ambiente, haja vista que estimula ações coordenadas da comunidade

internacional, congruentes e focadas no atingimento de fins protetivos comuns a todos os países.

Em questões ambientais, a adoção de medidas apenas locais ou regionais impede que os resultados sejam potencializados e capazes de garantir não somente a conservação do planeta Terra, mas que, igualmente, permitam sejam colhidos os frutos pelas gerações futuras.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da terra e grito dos pobres**. Petrópolis: Vozes, 2015.

CONCA, Ken. **An unfinished foundation: the United Nations and Global Environmental Governance**. New York: Oxford University Press, 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Liga das nações**. 2020. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/CentenarioIndependencia/LigaDasNacoes#:~:text=A%20Liga%20possu%C3%ADa%20uma%20Secretaria,com%20direito%20a%20um%20voto>. Acesso em: 18 dez. 2020.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 20 dez. 2020.

GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. Corrupção e objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista da AGU**, Brasília, v. 17, n. 1. p. 263-282, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.17.n.1.2018.1088>. Acesso em: 23 nov. 2020.

JACQUARD, Albert. **Da angústia à esperança**. Tradução de Lúcia Orth. Petrópolis: Vozes, 2004.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental**. Tradução Jorge E. Silva. Petrópolis: Vozes, 2009.

LORENZETTI, Julia Vaz; CARRION, Rosinha Machado. Governança ambiental global: atores e cenários. **Caderno EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 721-735, set. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v10n3/14.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

NAJAM, Adil; PAPA, Mihaela; TAIYAB, Nadaa. **Global Environmental Governance: a reform agenda**. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2006.

OLIVEIRA, Evaldo Dias; VERONESE, Thábata Biazzuz. Meio ambiente, globalização e soberania: a ética do discurso como proposta de reestruturação do papel do estado diante da nova realidade. **Revista de Direito Público**, Londrina: v. 4, n. 3, p. 174-194, set.-dez, 2009.

RIBEIRO, Wagner Costa. **A ordem ambiental internacional**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

SERRES, Michel. **Tempo de crise**: o que a crise financeira trouxe à tona e como reinventar nossa vida e o futuro. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

VEIGA, José Eli. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

Como citar: GOMES, Magno Federici; CALHAU, Lélío Braga. Governança mundial ambiental multinível: um caminho desejável para a sustentabilidade no planeta terra. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 172-187, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.172. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 08/01/2021

Aprovado em: 31/03/2022

EFEITOS CONTRATUAIS DA FORMAÇÃO DE CARTÉIS E COMBINAÇÃO DE PREÇOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: FALHAS DE MERCADO E CONSEQUÊNCIAS PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CONTRACTUAL EFFECTS OF CARTEL FORMATION AND PRICE
COMBINATION IN THE FIELD OF PUBLIC BIDDING: MARKET
FAILURES AND CONSEQUENCES FOR PUBLIC CONTRACTING
CONSEQUENCES

Paulo Afonso Cavichioli Carmona*
Alexandre Augusto Batista de Lima**

Como citar: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. Efeitos contratuais da formação de cartéis e combinação de preços no âmbito das licitações públicas: falhas de mercado e consequências para as contratações públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 188-212, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p.188. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo discorre sobre os efeitos contratuais da formação de cartéis e da combinação de preços para as contratações públicas. A pesquisa tem cunho bibliográfico, documental, de natureza qualitativa, pelas análises realizadas, e exploratória, uma vez que chega a novas percepções, a partir do cotejamento de dados e informações reunidos. A problemática cinge-se a verificar quais são as consequências jurídico-contratuais da cartelização no âmbito dos contratos administrativos. Revela a importância da normatização inerente à proteção da livre concorrência para contenção das externalidades de mercado que possam atingir o mercado das contratações públicas. Analisa as relações existentes entre Economia e Direito e os caracteres da Análise Econômica do Direito como metodologia capaz de contribuir para uma maior eficiência da atividade administrativa. Examina a legislação sobre licitações, bem como os reflexos das condutas anticoncorrenciais para o setor público, com enfoque nos contratos administrativos decorrentes de licitações fraudadas. Finalmente, aponta que economia e direito são úteis para minimizar as externalidades decorrentes de atividades que infringem a concorrência no mercado das licitações públicas e que os contratos administrativos decorrentes de condutas ilícitas devem ser considerados nulos, retornando as partes para o *status quo ante* e o poder público ressarcido do prejuízo amealhado.

Palavras-chave: Cartéis. Licitações. Contratos Administrativos.

*Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália (2020); Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP (2012), Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP (2006), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (1995). Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (UNICEUB). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico dos cursos de Especialização da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), do qual foi Coordenador do Centro-Oeste (mandatos 2013-2017). Foi membro do Conselho Deliberativo do Funpresp-Jud (mandatos 2012-2017). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) desde abril de 2000, atualmente titular da 7ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal. Membro do IDASAN - Instituto de Direito Administrativo Sancionador.
E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

**Doutor em Direito e Políticas Públicas Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Programa Interinstitucional com o Centro Universitário UNINOVAFAPI (2020), mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2016), professor universitário e advogado.
E-mail: alexandreablima@hotmail.com

Abstract: This paper discusses the contractual effects of the formation of cartels and the combination of prices for public contracts. This research has a bibliographic, documentary, qualitative nature, due to the analyzes carried out, and exploratory, since it reaches new perceptions, based on the collection of data and information gathered. The problem is limited to verifying the legal and contractual consequences of cartelization in the scope of administrative contracts. This study reveals the importance of standardization inherent to the protection of free competition in order to contain market externalities that may affect the public procurement market. This paper analyzes the existing relations between Economy and Law and the characters of Economic Analysis of Law as a methodology capable of contributing to a greater efficiency of administrative activity. This research also examines bidding legislation, as well as the effects of anti-competitive conduct for the public sector, with a focus on administrative contracts arising from fraudulent bidding. Finally, it points out that economics and law are useful to minimize the externalities resulting from activities that infringe competition in the public bidding market and that the administrative contracts resulting from illegal conduct must be considered null, returning the parties to the status quo ante and the power public reimbursed for the loss collected.

Keywords: Cartels. Public Bids. Administrative Contracts.

INTRODUÇÃO

O artigo objetivará evidenciar as consequências jurídicas impostas aos contratos públicos e contratantes no caso de combinação de preços por participantes de licitações públicas, bem como analisar os contornos jurídicos conferidos às falhas de mercado no âmbito das contratações públicas e as possíveis consequências negativas que podem advir para a Administração Pública que interferiram na escolha da proposta mais vantajosa, tendo em vista a interlocução entre Direito e Economia.

A formação de consórcios entre empresas é prática permitida no âmbito das licitações públicas, entretanto, algumas formas de combinação de preços, estratégias e condutas que promovam uma elevação excessiva das propostas em prejuízo da Administração podem ser tidas como condutas ilícitas. Esses comportamentos infringem normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à Ordem Econômica, notadamente, concernentes à livre concorrência, e, também, afetam diretamente o interesse público, portanto, devem ser tidos como contrários ao Direito.

Nessa perspectiva, devem-se analisar as principais teorias que fazem uma aproximação entre Economia e Direito no sentido de perscrutar até onde as empresas podem se movimentar no mercado sem que isso acarrete uma conduta de infringência às normas da Ordem Econômica e às regras das licitações e contratações públicas. A investigação teórica ora desenvolvida é exploratória, de natureza analítica. Utiliza-se de abordagem dialético-interpretativa, como forma de investigar teorias afetas à Análise Econômica do Direito e ao Direito Público e Privado, com o intuito de buscar uma orientação sistemática que conduza ao resultado da presente pesquisa.

O método de interpretação é sistemático, analisando-se os institutos jurídicos, a legislação infraconstitucional, em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional, a jurisprudência dos Tribunais e decisões dos órgãos de controle de Contas e a doutrina. A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica e documental, de modo a extrair argumentos hábeis a elucidar as indagações suscitadas, bem como as principais fontes normativas que incluem a teoria da colusão, das falhas de mercado e das contratações públicas, com seus respectivos contornos jurídicos.

Assim, o texto desta pesquisa desenvolve-se em quatro eixos fundamentais. No primeiro, faz-se uma abordagem sobre o Direito e a Economia, tendo em vista a natureza intrínseca do ser humano e suas interações na sociedade e no mercado. Verifica-se como muito pertinente a aproximação entre o Direito e a ciência do comportamento humano frente à demanda por recursos escassos, i. e., a Economia. No segundo, desenvolve-se uma abordagem acerca da utilização do Direito como uma ferramenta, um instrumento, de correção das falhas do mercado, realizando contraponto entre teorias econômicas e jurídicas das contratações e licitações públicas.

Após, realiza-se a análise das leis de licitações e das modalidades nelas previstas com o intuito de verificar se os procedimentos adotados pela legislação pátria são capazes de prevenir com eficácia as infrações à Ordem Econômica. Na sequência, se analisa, especificamente, a questão dos efeitos das colusões, em especial, da combinação de preços, sob o enfoque das falhas de mercado e dos reflexos nas contratações públicas, o que encerra relevância à abordagem dos objetivos

das licitações e das eventuais condutas ilícitas que podem decorrer de tais ações, em prejuízo do interesse público e da Administração.

Ao final, se pode perceber que o Direito é um importante instrumento de correção das falhas de mercado e, em conjunto com ferramentas de análise econômica, se mostra eficaz no sentido de otimizar o mercado das contratações públicas, para limitar a formação de colusões, “cartéis”, ou práticas de combinação de preços por licitantes, que impliquem em restrição à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, em favorecimento ilícito de poucos empresários em detrimento da sociedade e do governo.

1 DIREITO E ECONOMIA: O ESTUDO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

Direito e Economia têm uma relação muito próxima. Em que pese sejam ciências¹ distintas, apresentam uma inter-relação, uma interconexão, posto que as relações econômicas interferem nas relações jurídicas e vice-versa. Neste sentido, muitos fenômenos jurídicos permitem uma análise econômica. De início, é relevante consignar que a Economia é “a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”. (GICO JR., 2010, p. 08). Assim sendo, esta ciência leva em consideração o comportamento e a interação dos indivíduos entre si e com o mercado, com o objetivo de produção de riqueza.

É importante ressaltar que “o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão”, neste sentido, se mostra relevante a introdução da análise econômica no bojo do Direito e, especialmente, no campo do Direito Administrativo, posto que neste ramo a atuação discricionária da autoridade administrativa é regra, desde sob o manto da juridicidade. (GICO JR, 2016, p. 19)

Diante desse paradigma, se mostra útil o estudo e a aplicação da Análise Econômica do Direito - AED, que se pode conceber como um “campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito”, no contexto das contratações e licitações públicas. (GICO JR., 2010, p. 8).

A Análise Econômica do Direito pode ser desmembrada em duas categorias, a AED positiva e a AED normativa. (GICO JR, 2016, p. 20). No caso aqui contemplado quando se analisa se uma determinada empresa cometeu ou não uma fraude contra o processo licitatório se está

1 Há autores que não concebem o direito propriamente como uma ciência, mas como “a arte de regular o comportamento humano”. (Grifo nosso). (GICO JR., 2010, p. 08). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 129-130), afirma, por sua vez, que o direito não é ciência, mas o objeto de uma ciência, posição esta compartilhada por Eros Grau. (GRAU, 1988, p. 20). De outro lado, concebendo o direito como ciência, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2014, p. 130) acentua que “a ciência jurídica passa a desenvolver aquela analítica especial, que se preocupa com a exegese das normas não como centro de sua atividade, mas como um dos instrumentos capazes de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis. Este caráter tecnológico que a teoria guarda permite, por último separá-la de uma mera compreensão sociológica do Direito que se limita a descrever como se dá o comportamento, pois a finalidade da Ciência Jurídica permanece propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam uma decisão das questões conflitivas”.

diante de uma investigação de AED positiva, ou seja, mera análise de subsunção da conduta praticada com o texto positivado, sem qualquer juízo de valor. Também se estará diante uma AED positiva quando se “descreva ou avalie a eficiência de um determinado instituto, inquirindo sobre as consequências econômicas de diferentes arranjos normativos existentes”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 159).

Entretanto, quando se perscruta se o conluio entre empresas e a combinação de preços devem ou não ser punidos. Nesse ponto estar-se-á verificando a denominada AED normativa, a busca aí vislumbra o dever ser, sob esta perspectiva se admite definir “a melhor forma de reger comportamentos e interpretar princípios e normas, adotando a perspectiva de um formulador de políticas públicas [...]” (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 159). Desse modo, pode-se perceber que a AED normativa auxilia o operador do direito “a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, i.e., escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido”. (GICO JR, 2016, p. 21).

Perceba que este é justamente o papel da Administração Pública, uma vez que cabe ao gestor público agir, dentro dos limites determinados pela legislação edificada pelo Poder Legislativo, devendo, entretanto, diante da escassez de recursos, buscar a opção expressa dentro do quadro legislativo, que seja a mais eficiente para suplantam as demandas que se lhes apresentam.

Uma licitação pública deve respeitar as regras de mercado? “Na *juseconomia*, mercado significa contextos sociais nos quais a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas”. (GICO JR, 2016, p. 23). Nesse sentido, as trocas realizadas pela Administração Pública podem ser caracterizadas como um mercado, tendo em vista que, em regra, ocorrem livremente entre os agentes econômicos interessados em determinados objetos específicos e por meio de barganhas, que, nesse caso, podem se exprimir pelas propostas lançadas pelos concorrentes, lances e negociações no bojo do procedimento legalmente estabelecido. Importante registrar que nem sempre essas trocas acontecem de forma livre, pois a própria Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional estabelecem, em determinadas situações, deveres de forma vinculada aos agentes, mesmo em sede de propostas, lances e negociações, o que não infirma a existência de um mercado.

Assim, os contratos administrativos se realizam em um ambiente de mercado e, portanto, devem respeitar as regras deste mercado. É relevante asseverar que um contrato pode ser compreendido como “uma transação de mercado entre duas ou mais partes”, sendo assim, um “meio de troca entre pessoas”. Nesse sentido, a existência dos contratos tem uma razão de ser na sociedade contemporânea, eles são necessários, pois ninguém é autossuficiente, nem mesmo o Estado, assim, é “inviável que cada pessoa produza tudo o que é necessário para a sua sobrevivência”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 160). Daí a importância dos contratos, pois são instrumentos para criação de riqueza na sociedade. Os contratos trazem dois benefícios essenciais para a sociedade: o primeiro é que “os contratos permitem a distribuição do trabalho” e o segundo é que “geram riqueza na sociedade, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam”. (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 163-164).

Isso é aplicável aos contratos de um modo geral, mas não são excluídos dessas premissas os contratos públicos, posto que, em essência, possuem as mesmas concepções dos contratos de Direito Privado, em que pese tenham características peculiares em decorrência da presença do Estado como poder e, portanto, com prerrogativas peculiares na relação jurídico-contratual, com a obrigação de homenagear o interesse público.

Os contratos, geralmente, garantem melhorias de Pareto², pois são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam com as suas cláusulas e com os seus termos. Ocorre que alguns fatores podem afastar o mercado do nível ótimo, esses fatores são denominados de falhas de mercado, tais como: as externalidades, as assimetrias de informação, concorrência imperfeita, bens públicos, mercados ausentes, os custos de transação e o monopólio, por exemplo. Daí porque uma das razões básicas pelas quais o governo intervém na economia é a de “melhorar a eficiência econômica, corrigindo as falhas de mercado”. (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 266-267).

Todos esses fatores podem impactar nos contratos e torná-los contratos ineficientes. Portanto, para que haja uma relação contratual eficiente, em um mercado qualquer, é necessário que se proteja a ordem econômica e a livre concorrência de atividades de particulares que possam implicar em fraude às relações contratuais, inclusive àquelas relações contratuais que envolvem o Poder Público. Dessa forma, compreende-se que a:

função fundamental do direito contratual (reconhecida como tal desde a época de Hobbes) é a de dissuadir os indivíduos de um comportamento oportunista em relação às demais partes do contrato, a fim de incentivar a cronologia ideal da atividade econômica e eliminar as custosas medidas de autoproteção. [...] interessa às partes minimizar os custos de cumprimento. O tribunal pode empregar esse interesse para completar um contrato segundo as diretrizes que as partes tenham aprovado no momento da celebração do contrato.” (POSNER, 2007, p. 162; 165).

Nesse sentido, Posner defende que uma das funções primordiais do Direito Contratual seria o de demover os contratantes de uma posição oportunista, ou seja, evitar que uma parte, por meio de condutas fraudulentas coloque a outra parte contratual em situação de clara desvantagem, comprometendo, assim, o equilíbrio contratual. Ademais, aponta o poder dirigente, que pode ser exercido pelo Poder Judiciário no âmbito dos contratos, especialmente, resguardando a boa-fé que deve permear a relação contratual.

Deve-se ressaltar, ainda, que o Direito Contratual tem claramente a função de “facilitar, mediante trocas voluntárias, a movimentação de recursos no mercado para sua maior utilidade”. (POSNER, 2007, p. 169). Desse modo, o comportamento monopolista apresenta-se como um problema a ser enfrentado pelo Direito Contratual, posto que “um monopolista (ou cartel) poderia ter um incentivo maior do que uma empresa competitiva para declarar falsamente as qualidades de

2 TIMM e GUARISSE (2014, p. 164) explicam que a Melhoria de Pareto comporta “mudanças de alocação que satisfaçam dois requisitos: i) deixem pelo menos um indivíduo em posição melhor e ii) não deixem nenhum outro em pior situação”.

seu produto”. Além disso: “o monopólio implica uma fraude”. (POSNER, 2007, p. 190; 194). O monopólio representa um problema para as relações contratuais pois:

sob o monopólio, o comprador não tem boas alternativas para negociar com o vendedor, se encontra, portanto, dentro de certos limites, em situação de obrigar o comprador a aceitar termos, que, em um mercado competitivo, seriam melhorados por outro vendedor. (POSNER, 2007, p. 196).

Destarte, o monopólio tem por efeito uma dissimulação da demanda de um produto, o que implica que alguns clientes preferem prescindir do produto a pagar o preço monopólico. Portanto, um consumidor que enfrente um mercado monopolizado tem uma escolha real e ele desejará que se trate de uma escolha informada. (POSNER, 2007, p. 196).

Os princípios fundamentais dos danos contratuais, são os seguintes: “A perda de confiança do contratado; a perda de esperança; os danos líquidos; os danos consequenciais; a restituição; o cumprimento específico e, por fim, uma penalidade pecuniária especificada no contrato ou outros danos punitivos.” (POSNER, 2007, p. 199).

Destarte, as falhas de mercado podem levar a danos contratuais o que deve ser previsto nos contratos públicos, especialmente, nos contratos administrativos, como forma de coibir práticas usuais que tentam burlar as normas impostas às licitações públicas. Nesse ponto, é importante destacar, entretanto, o papel que o Direito pode assumir, como instrumento de correção dessas falhas de mercado, no sentido de imprimir às pessoas a máxima liberdade no seu direito de contratar sem infringir as regras inerentes à livre concorrência.

2 DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DAS FALHAS DE MERCADO: “CARTELIZAÇÃO” OU COMBINAÇÃO DE PREÇOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS COMO INFRINGÊNCIA À ORDEM ECONÔMICA E AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O Direito é um importante instrumento de correção das falhas de mercado. Por conta disso, proíbe algumas condutas de agentes econômicos, tendo em vista que estas acabam por infirmar a própria ordem constitucional positivada. Um exemplo dessa situação ocorre em relação à formação de cartéis, que será abordada nesta seção sob a ótica das contratações públicas.

O setor público realiza atividade econômica, ainda que de acordo com a Constituição de 1988 esta atividade seja realizada apenas de modo residual, consoante preceitua o artigo 173 da Constituição: “[...], a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. (BRASIL, 1988; grifo nosso).

Nessa interação com o mercado o Estado necessita, em regra, adquirir bens e serviços perante empresas em diversos setores da economia e o faz mediante um processo de contratação

que para ser legítimo deve respeitar diversos preceitos erigidos pela Constituição Federal de 1988, tais como os Princípios da Legalidade, da Isonomia e da Impessoalidade, sem prejuízo de outras normas de *status* constitucional e a regulamentação legal trazida pela lei n.º 8.666/1993.

A Constituição determina³ que as contratações públicas devem ser precedidas obrigatoriamente de licitação, ressalvadas as situações expressamente elencadas na Lei de Licitações e Contratos que podem ensejar situações de inexigibilidade ou dispensa de licitação e que deve ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes, observando as regras e princípios norteadores da Administração Pública.

A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência. (BRASIL, 1988). (Grifos nossos).

A Constituição Federal ao garantir tais direitos, tratou da livre concorrência de uma maneira geral, remetendo à legislação infraconstitucional o tratamento específico, quanto à instrumentalização da proteção da concorrência, promovendo uma proteção ampla, geral e irrestrita do mercado e da livre iniciativa. A proteção da concorrência “no mercado público é objeto de um sistema normativo especial, composto de normas administrativas, financeiras e penais, cuja aplicação é objeto de controles institucionais de intensidade variada”. (SUNDFELD, 2013, p. 26)

Inicialmente, no campo legislativo infraconstitucional, importa destacar que o Brasil promulgou, em 2011, a Lei n.º 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e dá outras providências. A referida legislação traçou, portanto, as diretrizes gerais a ser adotadas pelo Estado no que tange às iniciativas de combate a ações que infrinjam a ordem econômica estabelecida constitucionalmente e revogou a legislação infraconstitucional que tratava anteriormente da matéria, a Lei n.º 8.884/94.

Dentre os importantes aspectos trazidos pela legislação em apreço, deve-se destacar, o artigo 116⁴, que alterando a redação do artigo 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, determina que constitui crime contra a Ordem Econômica “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”. (BRASIL, 2011).

As normas infraconstitucionais que se referem às infrações contra a ordem econômica atribuem “concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, em coerência com a Constituição de 1988”. (GRAU, 2015, p. 209). Nesse sentido, a fraude à licitação é ato ilícito que ofende de forma grave preceitos constitucionais da Administração

3 Art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

4 O art. 4º da, passa a vigorar com a seguinte redação: «Art. 4º. [...] I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”;

Pública, carecendo de sanção proporcional, de forma a punir o infrator e a repelir intenções futuras de prática de tal ato faltoso.

Nesse ponto, faz-se necessária uma importante indagação no sentido de delimitar do ponto de vista conceitual, diferenças essenciais entre colusão, cartel e combinação de preços, posto que não são sinônimos, tendo cada um destes institutos suas próprias delimitações conceituais. Diante disso cumpre questionar: O que caracteriza um cartel?

Os elementos jurídicos da definição de Cartel, de acordo com a doutrina, são quatro: 1) o sujeito, que deve ser concorrente e não necessariamente uma empresa ou empresário; 2) Acordo, colusão ou ato; 3) Manutenção da autonomia dos agentes e 4) Tendência à dominação do mercado que é o elemento essencial da caracterização do cartel. (GICO JR., 2006, p. 172).

Cartel consiste, assim, em um acordo, combinação de preços, na restrição da oferta de produtos ou serviços, no óbice às suas aquisições, colusão ou ato entre concorrentes com o intuito de, mesmo mantendo a autonomia produtiva interna de cada agente, aumentar os preços cobrados no mercado, com o intuito de falsear a concorrência ou de dominar um determinado mercado, ou seja, o cidadão ou consumidor acaba pagando mais caro por bens e serviços, que, se submetidos a um regime de livre concorrência, teriam um preço reduzido.

Em outras palavras, de um modo mais técnico, em consonância com o Anexo I da Resolução n.º 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE pode-se dizer que cartéis são:

acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos aos de monopólio. (GICO JR., 2006, p. 169; BRASIL, 1999).

O cartel é um ato ilícito. Assim, não se constitui em um mero abuso de direito, como se poderia supor diante de uma rápida leitura do texto legal, mas sim em uma infringência à norma jurídica, sendo, portanto, um ato ilícito. Quando isso acontece todas as partes envolvidas nessas transações – a indústria, o comércio, o país, os consumidores – são prejudicados. Os produtos encarecem, o poder aquisitivo do cidadão enfraquece e o salário rende menos no final do mês. Os mesmos prejuízos são sentidos quando esta prática ocorre nas contratações públicas.

Diante da dificuldade de comprovação do conluio entre licitantes, é possível afirmar-se da existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária, em consonância com manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento RE 68.006-MG⁵

Para exemplificar, pode-se citar o caso ocorrido em São Paulo, no qual a Polícia Federal, em conjunto com o CADE, investigou um suposto cartel engendrado por empresas do ramo de conexões de PVC e polipropileno, em licitações públicas de obras de infraestrutura em saneamento de água.

A prática das empresas envolvia, neste caso, as seguintes condutas: conluio entre as

5 No mesmo sentido, Acórdão 1.267/2011-TCU-Plenário.

empresas para frustrar o caráter competitivo das licitações públicas; fixação de preços e condições comerciais; abstenção de participação em licitações; acordos para divisão de clientes e lotes entre concorrentes e o compartilhamento de informações comercialmente sensíveis. A situação descrita se disseminou por 13 (treze) estados da federação, e ocorreu entre os anos de 2004 e 2015. (FAUSTO MACÊDO, 2017).⁶

Outro caso emblemático que se insere nesse contexto é o dos leilões da concessão das usinas hidrelétricas do Complexo do Rio Madeira (Santo Antônio e Jirau), uma das maiores obras dos últimos tempos e integrante do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, do governo federal. Esse caso se notabilizou pela disputa, tanto administrativa, no âmbito da SDE – Secretaria de Direito Econômico do CADE, quanto judicial, em torno dos ajustes de exclusividade celebrados por uma das participantes do certame com os fornecedores de turbinas e geradores, tendo em vista o potencial lesivo destes acordos à concorrência. (AZEVEDO, 2010).

A demanda judicial originou-se a partir de uma das licitantes, no sentido de garantir a cláusula de exclusividade, entretanto, antes de ser julgado o mérito da demanda, a empresa concorrente resolveu acatar as exigências do CADE e assinou Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) com o CADE, em 29 de outubro de 2007. Nesse caso, específico a atuação administrativa do CADE acabou por ser eficaz e restabeleceu a concorrência em questão, resultando em uma expressiva economia para a Administração Pública⁷.

Mais um evento de licitação pública em que a competitividade fora contaminada por condutas infringentes à concorrência foi o de empresas que atuam no ramo de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo. Nesse caso, a atuação consistia na fixação de preços que restringia a produção e fraudava as licitações públicas.

Nessa ocasião, a SDE tomou providências administrativas para tentar conter a atuação das empresas em conluio e no sentido de proteger a concorrência. De acordo com o CADE, em decisão de 2004, as empresas incidiram na prática de cartel e impôs multas a estas empresas. A atuação do CADE após o processo administrativo foi confirmada pela Justiça Federal do Distrito Federal. (FONSECA; CARMO, 2013).

Outra situação emblemática, que teve repercussão nacional, foi o do Cartel do Metrô, formado por empreiteiras que durante 16 (Dezesseis) anos comandaram as licitações envolvendo a construção de metrô em sete estados da federação, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul e, ainda, no Distrito Federal.

Neste esquema fraudulento, pelo menos, 21 (vinte e uma) licitações foram atingidas, durante os anos de 1998 e 2014. Nesse caso, em especial, tendo em vista que algumas das empresas envolvidas assinaram acordo de leniência estas podem ser beneficiadas com a extinção da ação punitiva da administração pública; com a redução de um a dois terços da penalidade, desde que

6 FAUSTO MACÊDO (Brasil). *Jornal Estadão*. **PF ataca cartel em licitações de saneamento em pelo menos 13 Estados**. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-ataka-cartel-em-licitacoes-de-saneamento-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

7 O lance vencedor do leilão da Usina Santo Antônio foi de R\$78,87 por MWh, constitui deságio de 35,4% em relação ao preço teto de R\$122,00 por MWh, o que representa uma economia de até R\$16,4 bilhões diferidos nos 30 anos da concessão para os consumidores brasileiros de eletricidade.

8 Cf. Processo Administrativo - CADE n.º 08012.008678/2007-98. Conselheiro-Relator Luís Fernando Schwartz.

haja colaboração efetiva com as investigações e, também, poderão continuar celebrando contratos com a Administração Pública.⁹

A execução de cartelização, em qualquer setor da economia, sem dúvida, resulta em infringência à Ordem Econômica, pois não permite a ampla concorrência e competição no mercado, criando preços artificiais, em prejuízo da sociedade e beneficiando poucos empresários, que passam a ditar os preços praticados no mercado. A Lei n.º 12.529/2011, entretanto, permite que aqueles que cometeram essa natureza de crimes sejam beneficiados por acordos de leniência, consoante se depreende do artigo 87, que determina:

Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo. (BRASIL, 2011).

É relevante destacar que, de acordo com a Lei n.º 8.666/1993, artigo 90, consiste em crime “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”. Destarte, qualquer combinação de preços que implique fraude ao caráter competitivo do certame licitatório constitui crime punível pela legislação especial. (BRASIL, 1993).

Deve-se advertir que a conduta tipificada no artigo 90 da Lei n.º 8.666/1993, pode ser decorrente da formação de um cartel, propriamente, mas também pode ocorrer por outra forma de colusão¹⁰, ainda que não configure formalmente ou juridicamente um cartel. Assim, a conduta prevista na lei de licitações envolve a mera combinação ou fraude que implique em infringência ao caráter competitivo daquele certame e não necessariamente em uma dominação de um mercado relevante.

Não se duvida que a cartelização em si pode gerar prejuízos às contratações públicas, pois em um mercado cartelizado todos os adquirentes serão prejudicados, sejam eles meros consumidores individuais, sejam pessoas jurídicas estatais. Contudo, a lei de licitações não repele especificamente os cartéis, mas sim toda e qualquer fraude, combinação ou ajuste que frustrar o caráter competitivo do certame. Assim, percebe-se que a legislação pátria situa a conduta de combinação de preços para frustrar a competitividade do certame licitatório e conseqüente infringir o princípio da livre concorrência no terreno das condutas criminosas, devendo assim também ser consideradas.

9 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/18/acordo-de-empregadora-com-lava-jato-aponta-cartel-no-metro-em-sete-estados-e-no-df.htm>. Acesso em: 18. jan. 2021.

10 Ajuste secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiro; conluio. (GICO, 2006, p. 169).

Além disso, não se pode olvidar que, em tese, a referida conduta de combinação de preços merece reprimenda, também, no campo administrativo e cível, por exemplo, no âmbito da improbidade administrativa, consoante preconiza a Lei n.º 8.429/92, com a redação dada pela Lei n.º 14.230/21.

O arcabouço legislativo nacional procura, portanto, proteger a Ordem Econômica, a livre iniciativa e a concorrência nas contratações públicas por meio da criação de fatos típicos, que impõem penas aos infratores, promovendo a competitividade no ambiente das licitações e contratos administrativos.

3 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, OBJETIVOS E SUA (INEFETIVIDADE NA PREVENÇÃO À FORMAÇÃO DOS CARTÉIS OU DE COMBINAÇÃO DE PREÇOS POR LICITANTES.

De acordo com a Legislação brasileira sete são as modalidades de licitações previstas. A Lei de Licitações e Contratos n.º 8.666/1993, prevê cinco destas modalidades: Convite, Tomada de Preços, Concorrência, Leilão e Convite.

Destas modalidades citadas as que interessam para a aquisição de bens e serviços no mercado são as três primeiras, posto que a modalidade leilão se refere às ocasiões em que a Administração Pública aliena algum tipo de bem e a modalidade concurso se refere a licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, consoante se depreende do artigo 22 da Lei de Licitações e Contratos. (BRASIL, 1993).

As três primeiras modalidades mencionadas acima, Convite, Tomada de Preços e Concorrência são úteis para a aquisição de bens e serviços no mercado e, portanto, estipulam um procedimento de disputa entre concorrentes, os quais concorrem pelo objeto da contratação pública, mediante oferta da proposta mais vantajosa para a administração pública.

A Lei n.º 9.472 de 1997 criou uma modalidade de licitação própria das Agências Reguladoras, autarquias especiais, integradas à Administração Pública Indireta dos entes federados que as criarem, dotando estas de maior autonomia gerencial. Porém, estabeleceu que a contratação de obras e serviços de engenharia civil destas agências está sujeita ao processo das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública, ou seja, esses objetos continuam sendo submetidos à licitação na forma da previsão legal da Lei n.º 8.666/1993.

Entretanto, determinou que, nos casos não relativos a contratação de obras e serviços de engenharia civil, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão. Desse modo, se percebe que a legislação buscou conferir uma flexibilidade maior às contratações ocorridas no âmbito das Agências Reguladoras, com a finalidade de lhes proporcionar uma maior autonomia e evitar os entraves burocráticos criados pela Lei n.º 8.666/1993. A Lei n.º 10.520/2002, no mesmo sentido, prevê a modalidade pregão, que estabelece

um procedimento específico para compras de bens ou serviços que sejam considerados comuns nos termos desta legislação.

Os procedimentos trazidos pelas leis 9.472/1997 e 10.520/2002 não trazem regra específica relativa à possível combinação de preços entre os participantes do processo licitatório, restando, portanto, à lei geral de Licitações e contratos e à legislação que tratam das infringências à ordem econômica, como 8137/90, que considera como crime contra a ordem econômica o acordo entre empresas com objetivo de fixar artificialmente os preços ou quantidades dos produtos e serviços, de controlar um mercado, limitando a concorrência; e à lei nº 12.529/11, que trata da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção, repressão às infrações contra a ordem econômica e delinea em seu texto os atos que compreendem a formação de cartel, essa incumbência. Ocorre, que, mesmo a Lei n.º 8.666/1993 somente traz regras que são capazes de sancionar ou punir as empresas que agirem de forma fraudulenta durante o processo licitatório, penal ou administrativamente, posteriormente ao fato, não sendo capazes de prevenir ou coibir as ações delituosas dos fraudadores.

Consoante a Lei n.º 8.666/93 a licitação tem por objetivos garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Assim sendo, percebe-se que a prática de combinação de preços atenta aos objetivos da lei de licitações, posto que a contratação de empresa que proponha um preço irreal afronta o segundo objetivo apresentado, uma vez que não haverá, nesse caso, uma escolha vantajosa para a Administração Pública, mas sim uma contratação que prejudicará o Estado e a sociedade.

A legislação das licitações promove, ainda, a proteção da competitividade do certame ao determinar a proibição aos agentes públicos de “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”. Entretanto, essas disposições normativas não são suficientes para afastar os conluíus e a combinação de preços do campo das licitações públicas. (BRASIL, 1993)

Isso leva a um problema que pode ser bem comum na prática da Administração Pública que é o de a Administração sagrar vencedora da licitação uma empresa ou consórcio de empresas que praticou atos ilícitos de combinação de preços, cartel ou outra infração à Ordem Econômica e com isso liquidou a concorrência e a competitividade do certame quando da sua ocorrência.

Percebe-se, portanto, que, mesmo esta conduta sendo considerada criminosa e fraudulenta, a legislação em vigor não consegue coibir a sua ocorrência de forma preventiva, pois, a legislação trata de punir a conduta depois de ocorrida, no âmbito penal, Lei nº 8.137/90 e Lei nº 8.666/1993, ou administrativo, Lei nº 12.529/11. Contudo, devem ser verificadas quais as consequências dessa prática no que tange ao contrato administrativo em si.

4 AS COLUSÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: EFEITOS DA COMBINAÇÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Deve-se observar, primeiramente, que a conduta de formação de cartéis se configura em uma conduta criminosa, sendo, portanto, um ilícito penal, sem prejuízo, por óbvio, das consequências cíveis e administrativas, como aquelas ensejadoras da configuração de atos de improbidade administrativa. A conduta referida configura, portanto, também um ilícito administrativo, atraindo, assim, a atuação do CADE na repressão e no combate da prática ilícita. Desse modo, deve-se perguntar: Quais as consequências do ponto de vista dos contratos administrativos da contratação pública contaminada por um processo de cartelização?

Deve-se ressaltar que a contratação realizada mediante fraude pode implicar em diversas situações adversas para o interesse público, como: Redução do espectro da concorrência e consequentemente da competitividade do certame licitatório, retirando a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública que é um dos objetivos máximos das licitações¹¹.

Outro ponto importante é que as fraudes acampam por afastar do campo competitivo das licitações as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, posto que as atividades de conluio das grandes empresas acabam por inviabilizar a atuação de empresas pequenas nesses ramos, pois estas não têm condição de competir em igualdade de condições com as grandes empresas, o que implica infringência ao Princípio da Isonomia aplicável às contratações públicas.

A terceira consequência que se poderia apontar é o prejuízo do erário do ponto de vista econômico, posto que o conluio leva ao superfaturamento dos contratos e das obrigações financeiras do Estado, desse modo, o Estado acaba pagando mais ou gastando mais do que iria gastar se a disputa tivesse ocorrido em ambiente concorrencial.

Além disso, a prática de cartéis e combinações entre empresas pode levar à contaminação da própria Administração Pública, criando um grande lastro de corrupção que não somente ficaria adstrito ao âmbito privado, mas que se dissemina pelas entranhas da Administração Pública, como se pode constatar, por exemplo, em diversas situações decorrentes das investigações da Operação Lava Jato¹² ao analisar contratos da Petrobrás, que constatou esquemas que ocorriam dentro do governo do Rio de Janeiro ou, ainda, quando leva à corrupção de servidores para facilitar o direcionamento das licitações para alguma empresa ou grupo empresarial pré-determinado.

Ademais, o processo de Cartelização implica em infringência ao princípio da Isonomia, posto que restringe o caráter competitivo do certame, criando uma competição desigual entre licitantes cartelizados e não cartelizados, reduzindo a proteção daqueles que desejam ser licitantes e, portanto, criando um *discrímen* ilegal.

11 Art. 3º, Lei n.º 8.666/93. A licitação **destina-se a** garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993)

12 Para mais informações sobre a Operação “Lava Jato”, ver: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 11. jan. 2021.

Além do mais, a cartelização causa uma Ineficiência da gestão pública; pois os recursos públicos, que já são escassos e devem ser aplicados de forma otimizada na melhoria de bem-estar para a população, são transferidos, com prejuízo para o Estado, para grandes empreiteiras sem compromisso com o interesse da coletividade. Isso porque se mantido o ambiente concorrencial o custo das contratações seria muito reduzido e este recurso restante poderia ser utilizado em outros serviços e obras, beneficiando de forma mais abrangente a população. Em que pese não se perca de vista toda essa gama de prejuízos gerais que são causados à Administração Pública pela prática ilegal da combinação de preços, da cartelização e de outras condutas anticompetitivas previstas na legislação, deve-se verificar quais as consequências dessas condutas para os contratos administrativos em si.

Nesse ponto, importante assinalar que um contrato administrativo é, antes de tudo, um acordo de vontades e se trata, em sentido amplo, de um negócio jurídico (MELLO, Marcos, 2007, p. 159; JUSTEN FILHO, 2012, p. 421) Pode ser conceituado como um “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo como objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 175). Ou ainda, de acordo com Marçal Justen Filho (2012, p. 420) acordos de vontade destinados a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente, e que, “uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”.

Desse modo, para que o contrato jurídico seja eficaz é necessário, inicialmente, que ele exista e, em segundo lugar, que ele seja um negócio jurídico válido, para então produzir os seus efeitos. De acordo com Pontes de Miranda (2012, p. 77) o fato jurídico é o “fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica: portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente ou talvez não dimanar eficácia jurídica”. Assim, o contrato administrativo, enquanto negócio jurídico, se mostra como uma espécie de fato jurídico.

Entretanto, a doutrina administrativista majoritária distingue entre o contrato administrativo e o contrato da administração, este é tido como aquele negócio jurídico que se rege por normas de direito privado, civil, e tem por finalidade a prática de negócios jurídicos típicos do direito comum, como pode ocorrer, por exemplo, com um contrato de locação ou de abertura de conta corrente em uma instituição privada. Enquanto aquele é regido por normas de direito público, mais especificamente, normas de direito administrativo e se destinam à execução de obras e serviços públicos ou de fornecimento de materiais, como pode se dar, por exemplo, em uma obra para construção de uma linha de metrô (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 15; MELLO, Celso, 2012, p. 627-633; MEDAUAR, 2005, p. 242; FIGUEIREDO, 2004, p. 511; NOHARA, 2017. p. 417-418; DI PIETRO, 2014, p. 268).

Um contrato sem partes, sem objeto, ou com partes e objetos ineficazes será sem dúvida um contrato inexistente, seja ele um contrato de direito privado, seja um contrato administrativo. É que o ato administrativo nulo às vezes é chamado de inexistente. Da inexistência, fala-se,

naturalmente, no sentido puramente jurídico, da não-adequação do ato para exprimir os efeitos que são propícios: não no sentido da inexistência material, porque, ainda assim, o ato nulo é uma realidade de fato, que apresenta algumas características exteriores do ato administrativo (ITALIA; LANDI; POTENZA, 2002, p. 174).¹³

Desse modo, devemos indagar quais as consequências que a combinação de preços pode gerar para a validade e eficácia do contrato administrativo. Sem prejuízo, no sentido macroeconômico, das consequências da combinação de preços para as contratações públicas de um modo geral e para o mercado das contratações públicas já aventadas.

Assim sendo, faz-se necessário verificar os aspectos formais da realização de um contrato administrativo que tenha sido objeto de fraude, seja, especificamente, pela prática de cartelização, seja pela prática menos abrangente de combinação de preços ou outra conduta restritiva da concorrência.

Para que se realize a formalização de um contrato administrativo é essencial que ele seja precedido de um processo formal, estabelecido por lei, que é denominado de licitação. A Constituição Federal impõe o dever de licitar no artigo 37, XXI.¹⁴ A licitação permite, assim, que a Administração Pública escolha, dentre os vários pretendentes à contratação pública, de acordo com o Princípio da Isonomia e da Impessoalidade, aquele que apresente a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista que a finalidade do processo é o interesse público e não o enriquecimento do particular (DI PIETRO, 2014, p. 385).¹⁵

A grande pergunta que se pode fazer nessa ordem de ideias é a seguinte: Se o licitante vencedor realizou combinação de preços ou formou um cartel em determinado setor da economia em prejuízo da Administração Pública, esse contrato administrativo existe? Em existindo esse contrato, ele é válido? e, em terceiro lugar, sendo válido, ele é eficaz?¹⁶ No primeiro plano, o da existência, verifica-se, que o negócio jurídico contratual para se constituir deve apresentar a exteriorização da vontade; a consciência da vontade e o resultado lícito e possível (MELLO,

13 *Si è che l'atto amministrativo nullo viene talvolta denominato inesistente. Di inesistenza si parla, beninteso, nel senso puramente giuridico, de non idoneità dell'atto a spingere gli effetti che gli sono propri: non già nel senso de inesistenza material, perché anzi per più l'atto nullo è una realtà de fatto, che presenta qualche carattere esteriore dell'ato amministrativo.*

14 Artigo 37, XXI, CF/88. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

15 Ainda que possa acontecer o enriquecimento do particular mediante a contratação com o Estado, este não o fim último desta contratação, que tem por escopo maior a realização dos interesses da coletividade, ou seja, o interesse público primário. Com fundamento na doutrina italiana, especialmente, na explanação de Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 62-64) distingue interesse público primário do interesse público secundário, expondo que “não existe coincidência necessária ente interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”. Desse modo, Barroso (2005, p. XIII) estatui, na mesma linha, que “(...) O interesse público secundário –, o da pessoa jurídica de direito público, do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”. Por outro lado, o interesse público primário, concebendo-se este como aquele “constituído em valores fundamentais, como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) o interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação.”

16 Nesse ponto, é importante observar que um ato ou contrato administrativo, mesmo sendo inválido, poderá vir a ser eficaz, tendo em vista o atributo da Presunção de Legitimidade, até que venha a ser anulado pela própria Administração Pública no exercício da autotutela ou pelo Poder Judiciário, em sede de controle externo. (DÍEZ, 1980, p. 224).

MARCOS, 2007, p. 145-155).

Desde já, que há um grave defeito nesse negócio jurídico, posto que a vontade da Administração Pública de contratar com uma suposta empresa A, por exemplo, vencedora de uma licitação pública, se dá tendo em vista que aquela fora a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pois se outra fosse a proposta mais vantajosa, por exemplo, de uma empresa B, certamente, a Administração Pública não firmaria contrato com a empresa A, mas sim com a empresa B.

Ocorre que, ao fraudar o procedimento licitatório, mediante combinação de preços, a empresa A induziu a erro a Administração Pública, posto que essa imaginava estar contratando com aquela empresa que apresentou a proposta mais vantajosa – objetivo do certame licitatório –, o que ocorre somente sob o aspecto formal, posto que, em essência, em substância, a proposta apresentada pela empresa A se tornou imbatível, não por ser a mais vantajosa para a Administração Pública, mas por ter sido arquitetado um conluio que afastou os concorrentes e impôs um resultado virtual, iníquo e desigual, não compatível com a realidade dos preços do mercado.

Entretanto, mesmo na teoria geral dos contratos, a regra do contrato nulo está cada vez mais mitigada, inclusive, de acordo com o Código Civil de 2002 somente se considera nulo o contrato nos casos do vício social de simulação;¹⁷ na maioria das outras situações – erro, dolo, coação, estado de perigo ou fraude contra credores – se entende, que o contrato é anulável e não nulo. (DINIZ, 2009, p. 464 e 465; GOMES, 2007, p. 381-382; BRASIL, 2002).

Todavia, no âmbito do direito administrativo, é cogente perceber que um contrato praticado em desconformidade com a lei, ou seja, ilegal, seja por ilegalidade intrínseca ao negócio jurídico ou à licitação que lhe precede é um contrato nulo (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 15; MELLO, Celso, 2012, p. 641-642; MEDAUAR, 2005, p. 181 e 234; DI PIETRO, 2014, p. 274 e 450). Isso porque “o acordo de vontades que gera o contrato administrativo está submetido ao rigor legal. A vontade do administrador está regrada pelos limites impostos pela legislação”. (TORRES, 2017, p. 62). É nulo o ato quando lhe falta um elemento essencial.¹⁸ (ITALIA; LANDI; POTENZA, 2002, p. 239).

Desse modo, do ponto de vista do Direito Administrativo, ainda que se possa cogitar da existência da avença entre a Administração Pública e a Empresa que pratica cartel ou combinação de preços, no plano da validade, esse contrato seria inválido e, portanto, nulo, posto que firmado em desconformidade com a lei, mediante o cometimento de fraude, crime e, eivado de má-fé por parte do licitante vencedor. Destarte, “a invalidação do contrato administrativo consiste na sua desconstituição, com supressão dos seus efeitos típicos, por motivo de incompatibilidade com a ordem jurídica” (FIGUEIREDO, 2008, p. 554).

Contudo, na prática, pode ser que essa situação da fraude, do cartel ou da combinação de preços somente seja verificada ou constatada pela Administração Pública, depois de um certo

17 Consoante o ensinamento de Orlando Gomes (2007, p. 381-382) a simulação ocorre “quando em um contrato se verifica, para enganar terceiro, intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada pelas partes. Com a simulação, visa-se alcançar fim contrário à lei”.

18 Tradução livre do original: “È nullo l'atto cui manca un elemento essenziale”.

tempo e, sendo assim, que o contrato administrativo tenha sido eficaz, ou seja, tenha produzido seus efeitos jurídicos por um determinado período de tempo, posto que não fora anulado, por ato da própria Administração Pública, no exercício da autotutela, e nem pelo Poder Judiciário.¹⁹ Este é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já decidiu no sentido de que “diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança”.²⁰

Nesse caso, é relevante analisar, quais as consequências disso para a Administração Pública e para a empresa licitante vencedora e fraudulenta, que já pode ter executado parte do objeto ou do serviço contratado pela administração. A Administração Pública tem alguma obrigação perante a contratada? A contratada tem direito a receber pelo que já executou com base no contrato fraudulento? A Lei n.º 8.666/93 estabelece que:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

É evidente que a execução do contrato já realizada por particular que de boa-fé, não tenha dado causa à nulidade do contrato, não pode prejudicar o particular, vedando-se o enriquecimento sem causa da Administração, de modo, que, nesse caso, o contratado teria direito a indenização pelo que já houvesse executado. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 534; MELLO, Celso, 2012, p. 662). No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos termos dos julgados nos Recursos Especiais de n.º 876.140/SE e 753.039/PR.

Porém, no caso de má-fé do contratado, como ocorrente nos casos de cartel ou combinação de preços, que deve ser comprovada, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, a nulidade do contrato não pode favorecer a este, sendo, portanto, neste caso, inviável a percepção de qualquer indenização pela empresa contratada ante à invalidade do contrato firmado com a Administração Pública. Nesse sentido:

As prescrições formais, que devem ser cumpridas por serem necessárias à legalidade dos contratos, são, por vezes, desatendidas, embora a prestação do administrado, seja a entrega de um bem ou a realização de obra ou serviço, já tenha sido executada, total ou parcialmente. Quando isso ocorre tem-se uma execução de

¹⁹ **Súmula 343, STF.** A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. **Súmula 473/STF:** “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

²⁰ STF. Processo n.º **ARE 899816 AgR**, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgamento em 7.3.2017, DJe de 24.3.2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12625762>. Acesso em 12.01.2021.

fato, sendo relevante perquirir, desde logo, se houve ou não boa-fé de administrado executor. Todavia, como a boa-fé se presume, salvo prova em contrário não poderá ser considerado existir malícia no procedimento administrativo pelo fato de haver fornecido bens ou prestado serviços à Administração, devendo ser, por isso, indenizados, pois é inadmissível o enriquecimento sem causa. (MOREIRA NETO, 2006, p. 177)

Diante disso, se deve extrair que o contrato administrativo nulo em decorrência de cartel ou fraude na licitação, por má-fé do contratante evidenciada, não produz efeitos jurídicos, devendo as partes, particular e Administração Pública, retornarem para o *status quo ante*. Pois, “se a licitação não for válida, não poderá gerar contrato válido” (FIGUEIREDO, 2008, p. 529).

Entretanto, este não tem sido o posicionamento do TCU²¹ quando aprecia casos de contratos administrativos em que ocorre suspeita de cartel ou de combinação de preços em detrimento da Administração. Na maior parte das vezes o Tribunal de contas opta apenas pela declaração de inidoneidade da empresa que incidiu na prática ilícita para contratar com Administração Pública, realizando a dosimetria, em cada caso, para decidir sobre a extensão da pena aplicada, como ocorreu no caso envolvendo a Eletrobrás Termonuclear S.A., em que o Tribunal decidiu que “pode considerar na dosimetria da pena o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos”.²²

É interessante observar, ainda, que o TCU tem desenvolvido métodos econométricos para aferir o montante do prejuízo causado à Administração Pública nos contratos administrativos afetados por cartéis e outras formas de infringência à Ordem Econômica. Nesse sentido, o tribunal realizou trabalho com o fito de “estimar o potencial prejuízo global ocorrido na Petrobras em face de eventual cartelização das contratações ocorridas na Diretoria de Abastecimento da companhia, no período entre 1997 e 2015”.²³

Nesse caso, especificamente, o tribunal estimou o potencial prejuízo causado na Petrobras na redução dos descontos nas licitações, no período de 1997 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, em 17% (dezessete por cento) em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e já aceitos inclusive pelo STF.²⁴

Esse estudo realizado pelo TCU mostra-se muito importante no sentido de demonstrar de forma empírica o efetivo prejuízo destas condutas nocivas à concorrência aos contratos públicos,

21 ACÓRDÃO 2546/2017 ATA 46/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2342/2017 ATA 42/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2319/2017 ATA 41/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1545/2017 ATA 27/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1348/2017 ATA 24/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1083/2017 ATA 18/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 483/2017 ATA 9/2017 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 3052/2016 ATA 49/2016 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1583/2016 ATA 24/2016 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 3089/2015 ATA 50/2015 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1531/2014 ATA 19/2014 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 2692/2012 ATA 39/2012 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 121/2012 ATA 2/2012 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 29/2010 ATA 1/2010 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 336/2008 ATA 06/2008 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 1533/2006 ATA 34/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 291/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 290/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 289/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 288/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO; ACÓRDÃO 287/2006 ATA 10/2006 – PLENÁRIO.

22 Processo n.º TC 016.991/2015-0 [Apensos: TC 011.765/2012-7, TC 017.445/2016-7].

23 Processo n.º TC 005.081/2015-7.

24 Ver RE 68.006-MG.

e, ainda, por possibilitar uma efetiva reparação do erário público em face das ilicitudes contra si perpetradas. Entretanto, nesse caso, o TCU limitou-se a encaminhar estes dados para alguns órgãos administrativos para que tomassem as devidas providências, ou seja, não opinou, indicou, determinou ou sugeriu a declaração de nulidade dos contratos administrativos firmados nestas condições.

Contudo, revela-se muito adequado que o tribunal se utilize de técnicas econométricas de detecção de cartéis e quantificação de danos, objetivando comprovar a ocorrência destas práticas colusivas, nas licitações e contratações públicas, com o fim de ampliar a repressão a cartéis em mercados públicos. Além disso, percebe-se, ainda, em alguns processos, que o TCU ordena a suspensão dos pagamentos pela Administração Pública, quando ocorre a situação de fraude ao processo licitatório. Neste sentido:

determinou à Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear) **que se abstinhasse de efetuar pagamentos às empresas Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult do Brasil Ltda., até o limite dos montantes apurados na representação (peça 82)**, no âmbito dos contratos GAC.T/AS-4500160692 (projetos do pacote Civil 2 – edificações convencionais), GAC.T/CT- 4500151462 (projetos do pacote Eletromecânico 1 – circuito primário, nuclear) e GAC.T/CT- 4500146846 (projetos do pacote Eletromecânico 2 – circuito secundário, convencional, grifo nosso).²⁵ (BRASIL, 2018).

Daí pode-se perceber que o entendimento da corte de contas não tem sido pela inteligência da nulidade dos contratos administrativos derivados de condutas colusivas o que, de certo modo, afronta o Princípio da Legalidade e a jurisprudência do STJ que já se manifestou em determinadas circunstâncias que o contrato administrativo ilegal é nulo (REsp 1121501/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 08/11/2017).

Assim, levando em consideração o mesmo entendimento e raciocínio lógico-jurídico, a contratação de empresa que vence uma licitação mediante conluio, cartel, combinação de preços ou outra modalidade de infração à concorrência ou à ordem econômica, gera lesão ao erário, conforme já constatado empiricamente pelo TCU, mediante estudos econométricos, e, ainda, porque o Poder Público perde a oportunidade de contratar proposta mais vantajosa, dando ensejo, nesse caso, também a dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado.

Entretanto, insta pontuar a observação pertinente de Juarez Freitas (1997, p. 193), sendo a qual: “correções hermenêuticas e legislativas devem ser feitas na legislação que regula as licitações e os contratos administrativos, cuidando para não instabilizar em excesso as relações contratuais, de um lado, nem permitir retrocessos éticos, de outra parte”. Observe-se, ainda, que, nesse caso, não haveria que se falar em qualquer indenização a ser paga pelo Poder Público ou em devolução de valores às empresas contratadas, ainda que decorrente de prestação de serviços executas pela pseudocontratada, pois, nessa circunstância, a má-fé, inerente ao conluio, afasta a aplicação do parágrafo único do artigo 59 da Lei de Licitações e Contratos.

25 Processo TC 021.542/2016-3 [Apenso: TC 021.694/2016-8]

CONCLUSÃO

O Direito e a Economia têm uma conexão muito relevante, de modo que as leis não podem ser vistas somente como figuras abstratas, mas devem ser consideradas nos contextos dos comportamentos humanos e do mercado. Nesse sentido, tanto a AED positiva quanto a AED normativa podem ser úteis para a compreensão de diversos fenômenos jurídicos, entre eles os que implicam infringência da livre concorrência dos mercados de contratações públicas.

Dessa forma, o Estado, no intuito de proteção do bem-estar coletivo, seja em relação ao interesse público primário ou secundário, deve realizar ações no sentido de coibir condutas que sejam aliciadoras dos Princípios da Ordem Econômica, e impliquem infrações à livre concorrência, com prejuízo patrimonial ao erário público.

Além disso, deve-se ponderar que o cartel e as atividades de conluio assemelhadas a ele, no campo das licitações, devem ser consideradas uma externalidade negativa que enseja infringência à livre concorrência e à ordem econômica nas contratações públicas. Destarte, desponta o Direito como uma forma de mitigação desta externalidade, no sentido de promover um ambiente de concorrência ampla e leal no bojo das licitações e contratações públicas.

Contudo, percebe-se que as modalidades de licitação previstas na legislação brasileira se mostram pouco efetivas no escopo de realizar a prevenção à formação dos cartéis ou de combinação de preços por licitantes, uma vez que já prevenindo estas externalidades, prescrevem fatos típicos e sanções para aqueles que infringem o sistema de contratações públicas prevista na legislação. De modo que os infratores respondem nas esferas civil, administrativa e criminal.

Restou evidenciado que o contrato administrativo decorrente de processo licitatório no qual houve cartelização, combinação de preços, ou outras condutas ilícitas que infringem a concorrência e Ordem Econômica é nulo, e que esta declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir.

Destarte, não há como manter válido um contrato administrativo viciado *ab initio*, devendo o contratado infrator ser ainda condenado a indenizar os prejuízos causados à administração e aferidos mediante metodologia econométrica pelos órgãos de controle de contas. Além disso, devem os agentes públicos responsáveis pela contratação viciada receber punições nas esferas penal, cível e administrativa, como forma de proteção e elogio ao interesse público.

Neste contexto, pode-se perceber, ainda, que o particular que deu causa à fraude, por agir de má-fé, não pode dela se beneficiar. Ao mesmo tempo, o particular com envolvimento na prática de cartel, combinação de preços ou outra infração à ordem econômica, sem prejuízo das penalidades cabíveis, nos âmbitos civil e criminal, não tem direito, além disso, a receber qualquer valor decorrente do contrato administrativo nulo. Do mesmo modo, os agentes públicos que, eventualmente, tenham concorrido ou facilitado a ocorrência da fraude **não podem** dela extrair benefícios e devem sofrer as punições devidas em todas as esferas, inclusive, as decorrentes da legislação que impõe sanções em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. PF ataca cartel em licitações de saneamento em pelo menos 13 Estados. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 de nov. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-ataca-cartel-em-licitacoes-de-saneamento-em-sao-paulo/>. Acesso em: 03 jan. 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições verticais e defesa da concorrência**: a experiência brasileira. São Paulo: FGV, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/6895>. Acesso em 03 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.) **Interesses públicos vs. interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 68.006. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 09 de outubro de 1969. **Diário da Justiça (DJ)**. Brasília: DJ, 14 nov. 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127731/false>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 05 out. 1988. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **ESTRUTURA O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA; DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO E REPRESSÃO ÀS INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA; ALTERA A LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990, O DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E A LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985; REVOGA DISPOSITIVOS DA LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994, E A LEI Nº 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999; E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 01 dez. 2011. p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Resolução N.º 20 do CADE**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 09 jun. 1999. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **REGULAMENTA O ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSTITUI NORMAS PARA LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Lei de Licitações e Contratos**. Brasília, DF: Diário Oficial da União

(D.O.U.), 22 jun. 1993. p. 8269. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Representação (RP) nº 02154220163. Interessados/Responsáveis: Responsáveis: AF-Consult Ltd (15.702.776/0001-20); Eletrobras Termonuclear S.A. (42.540.211/0001-67); Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31). Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Brasília: Diário Oficial da União (D.O.U.). Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478452548/representacao-repr-rp-2154220163/inteiro-teor-478452568>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei Ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União (D.O.U.), 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: contratos administrativos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 3

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. e CARMO, Aendria de Souza (2013). A Defesa da Concorrência e a Concretização dos Princípios da Ordem Econômica Constitucional. **XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuriçiba, Direito e Economia**, 40 - 69, Curitiba, Brasil. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuriçiba/livro.php?gt=82>. Acesso em 03 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v1n1p7-33>.

GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26. ISBN 978-85-450-0138-6.

GICO JR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Editora RT, 1988.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di diritto amministrativo**. 13. ed. Milão: Giufrè Editore, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo I.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à microeconomia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos

contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Rony Chaves Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Como citar: CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. Efeitos contratuais da formação de cartéis e combinação de preços no âmbito das licitações públicas: falhas de mercado e consequências para as contratações públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 188-212, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 188. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 13/02/2021

Aprovado em: 19/04/2022

**MULHERES NA POLÍTICA: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA
AÇÃO AFIRMATIVA DE GÊNERO NA ELEGIBILIDADE DE
DEPUTADAS NO BRASIL**

WOMEN IN POLITICS: AN ANALYSIS ON THE IMPACT OF
GENDER AFFIRMATIVE ACTION ON WOMEN'S ELIGIBILITY
TO BRAZIL'S CONGRESS

Leticia Trevizolli de Oliveira*
Daniel Damasio Borges**

*Advogada. Bacharela em direito pela Faculdade de Direito de Franca. Mestra em direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Pós-graduada em Processos Didático-Pedagógicos para Cursos na Modalidade a Distância pela Universidade Virtual do Estado de São Paulo.
E-mail: leticiatrevizolli3@gmail.com

**Professor associado de Direito Internacional Público na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca/SP, Doutor em Direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Livre-docente em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
E-mail: daniel.damasio@unesp.br

Como citar: OLIVEIRA, Leticia Trevizolli de; BORGES, Daniel Damasio. Mulheres na política: análise dos impactos da ação afirmativa de gênero na elegibilidade de deputadas no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 213-229, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 213. ISSN: 1980-511X

Resumo: A participação das mulheres no cenário político sempre encontrou óbices em um contexto de disparidade, luta e segregação, evidenciado desde o movimento sufragista e perpetuado até a atualidade. Conforme dados recentes, apesar das mulheres corresponderem a uma maioria eleitoral no Brasil (52% em relação aos homens) e de gozarem de uma ação afirmativa voltada à sua participação na política, elas ainda representam apenas 15,01% das deputadas eleitas, o que evidencia uma elegibilidade mitigada. Desta forma, o artigo em questão busca evidenciar a desigualdade de gênero na política brasileira, analisando a evolução da ação afirmativa vigente no Brasil e seus impactos na elegibilidade de mulheres para os cargos de deputadas no país. Para a sua construção, a pesquisa tem como base os métodos dedutivo, quantitativo e qualitativo, com o uso de pesquisa bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: Mulheres na Política. Ação Afirmativa. Elegibilidade.

Abstract: Women's participation in Brazil's political landscape always faced obstacles in the context of disparity, struggle, and segregation, evidenced since the suffragette movement and perpetuated to our current times. Per recent research, despite being the electoral majority in Brazil (52%) and affirmative actions directed towards improving participation in politics, women still represent only 15,01% of elected people in Congress, which shows a mitigated eligibility. Thus, this article highlights gender inequality in Brazilian politics, analyzing the development of active affirmative action in Brazil and its' impact

on women eligibility to Congress. This study utilizes the deductive, quantitative, and qualitative methods, with bibliographical and legislative research.

Keywords: Women on Politics. Affirmative Action. Eligibility.

INTRODUÇÃO

As lutas pela democracia, igualdade e participação política, quando interseccionadas do aspecto “gênero”, se mostram imersas em um contexto de grande disparidade sufragista para as mulheres, uma vez que deixadas às margens das discussões públicas, tendo mitigados seus direitos políticos à própria efetividade do direito à igualdade.

Notamos que, ainda que evidentes as conquistas adquiridas ao longo dos anos, a busca pela participação política, bem como pela elegibilidade das mulheres continua permeada por desigualdades cotidianas, que influenciaram de maneira direta na sua representatividade, estendendo e perpetuando a história de um passado de exclusão.

A problemática, nesse aspecto, resta evidente. Isso porque, mesmo após mais de 20 anos de vigência da ação afirmativa representada pela Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, notamos que a elegibilidade pouco aumentou, uma vez que, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, as mulheres representam apenas 15% das deputadas eleitas no país, ainda que correspondam a 52% do eleitorado brasileiro, o que deixa o Brasil na posição 132 da classificação mundial de representatividade feminina na política e entre os 50 países com piores porcentagens de mulheres eleitas.

Nesse sentido, o artigo em tela busca verificar, a partir do marcador “gênero – mulheres”, a importância da igualdade na política brasileira. Ademais, busca analisar a evolução do direito ao voto feminino no Brasil, desde a permissividade do sufrágio, até a ação afirmativa vigente, verificando cronologicamente suas principais alterações.

Por fim, se remetendo à análise da Lei, o artigo apresenta um estudo quantitativo-qualitativo, demonstrando numericamente os impactos da alteração legislativa na elegibilidade de mulheres para os cargos de deputadas no país e verificando, nesse sentido, a própria efetividade da legislação vigente na promoção da igualdade dentro da política.

1 O MARCADOR GÊNERO NO CAMPO DA POLÍTICA

Problematizar questões de gênero em determinados “nichos” da sociedade atual, seja no mercado do trabalho, na academia ou na política, somente é irrelevante quando se trata de um elenco totalmente masculino (FUDGE, 1966, p. 240). Isso porque o “masculino” – aqui representado pelo homem branco, heterossexual e cisgênero – é considerado como norma/padrão e, portanto, não é controverso. A problemática ocorre quando falamos sobre o feminino, uma vez que a figura da mulher, com todas as suas peculiaridades, foge a tal norma, trazendo questões específicas, percebidas e vivenciadas apenas por elas, além de diretamente ligadas às suas características sexuais, corporais ou intelectuais, gerando a segregação.

Desta forma, notamos que, geralmente, toda discriminação de gênero se justifica pela atribuição de determinadas qualidades ou traços de temperamento diferentes para homens e

mulheres (PISCITELLI, 2009, p. 118), utilizados para delimitar seus espaços de atuação nos “nichos” já mencionados, entre tantos outros havidos na sociedade. O “gênero”, aqui retomado e escolhido como critério de análise para o presente trabalho, seguirá a concepção atribuída por Joan Scott, a qual o classifica em duas proposições: a primeira como “um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos” e a segunda como “uma forma primária de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 1995, p. 86).

Isso porque o termo é dotado de uma bagagem complexa e indissociável. Gênero envolve relações sociais humanas e dá sentido ao próprio conhecimento histórico (SCOTT, 1995, p. 86). Notamos, portanto, que sua problemática é inesgotável. A naturalização da posição socialmente imposta às mulheres ao longo de toda uma história de inferiorização é o que legitima e perpetua problemas de segregação, falta de oportunidades e violência.

Nesse sentido, Estela Serret (2019, p. 65-66) nos mostra que:

[...] el concepto de género intenta explicar cómo se leen cultural y socialmente las diferencias biológicas sexuales, pero también muestra que esta lectura no es inocua em términos políticos, pues implica siempre un marco de dominación que asigna lugares sociales, identidades y cánones de comportamiento a partir de la asunción de una etiqueta en la distribución de los géneros. La relación entre hombres y mujeres no sólo se asume como una relación entre personas que responden a códigos referenciales diferenciados (por género), sino que implica necesariamente (o ha implicado hasta ahora) el ejercicio de un poder.

Da mesma forma, Luís Felipe Miguel e Flávia Biroli (2015, p. 8) endossam o apresentado, ao lecionarem que:

O Gênero é, assim, um dos eixos centrais que organizam nossas experiências no mundo social. Onde há desigualdades que atendem a padrões de gênero, ficam definidas também as posições relativas de mulheres e de homens – ainda que o gênero não o faça isoladamente, mas numa vinculação significativa com classe, raça e sexualidade.

O marcador de gênero na política também se faz presente. Isso porque, ainda que sob a vigência de uma ação afirmativa, dados demonstram que a participação de mulheres em cargos públicos, democraticamente estabelecidos, possui poucas variações e elevações positivas, de modo que o poder ainda se concentra, em sua grande e absurda maioria, nas mãos de homens (INTER-PARLIAMENTARY UNION, 2019).

Um dos maiores exemplos é que, em 32 (trinta e dois) anos de democracia, os brasileiros tiveram uma única mulher eleita à presidência do país, sendo ela a presidenta Dilma Rousseff, deposta do cargo graças a um processo de *impeachment* no ano de 2016.

A presidenta, em seis anos de mandato e, em considerável parte devido ao fato de ser mulher, conviveu com os mais diversos ataques direcionados à sua intelectualidade, capacidade, e também à sua sexualidade (MAGALHÃES, 2017, p. 71). Pela criação de um estigma intencionado,

primeiramente atacou-se o gênero, para que, em consequência disso, se questionasse o cargo.

No mesmo sentido, cabe mencionar que, conforme estatísticas disponibilizadas pelo IBGE e referentes à PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua), as mulheres correspondem a 51,7% da população brasileira (IBGE EDUCA, 2018), além de serem, conforme o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), 52,5% do eleitorado do país (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020b), fato este que provoca grande inquietude, pois, ainda que com uma grande população, com um grande eleitorado e com uma ação afirmativa vigente, ainda assim, a elegibilidade de mulheres mantém-se abaixo do desejado.

Sobre o tópico da participação das mulheres na política, o autor Luís Felipe Miguel (2001, p. 264-265) aduz que a presença delas normalmente segue uma lógica de legitimidade, afinal, as mulheres “[...] possuem interesses especiais, legítimos, ligados ao gênero, que precisam ser levados em conta”. É fato que, conforme o próprio autor menciona, as mulheres são “as melhores advogadas de si mesmas”, mas isso não significa que elas tenham, necessariamente, interesses idênticos, pois não se pode esperar, por exemplo, que todas as mulheres eleitas levantem a bandeira feminista, ou queiram debater sobre pautas de gênero dentro da política, o que se comprova, inclusive, pela ausência de relação existente entre o aumento de mulheres eleitas para o Congresso e o aumento de pautas feministas na Câmara ou Senado.

Da mesma forma, pautas de igualdade podem ser trazidas de maneira transversal, não sendo necessariamente apresentadas por mulheres, mas também por homens, pela chamada “política de ideias”, que preza por enfatizar aquilo que é representado, não aquele que o representa (PINHEIRO, 2007, p. 54-55).

Ocorre que, em nossa perspectiva, a representatividade também importa. Espaços palco de grandes debates de gênero, envolvendo, principalmente, questões de igualdade, continuam representados – em sua grande maioria – por homens. Tal fato demonstra que, embora articule-se o discurso por meio da política de ideias, este continua vago e sem efeitos palpáveis para a sociedade, uma vez que se continua falando sobre gênero, sobre orientação sexual, sobre raça, entre outros, mas sem qualquer movimentação efetiva das estruturas para uma modificação do *status* estabelecido.

Assim, aqui falamos sobre gênero na política porque prezamos pela ideia de uma representação descritiva e não meramente substantiva (TÓBAR, 2008. p. 61), ou seja, uma representação que por si só existe e que seja totalmente desprendida de expectativas de gênero que predeterminem a presença de mulheres exclusivamente em espaços que visem favorecer seus interesses como classe. Do mesmo modo, consideramos perigoso homogeneizar os interesses das mulheres, como se fossem um só, pois isso acaba por reforçar alguns estereótipos e essencialismos, promovendo o apagamento de toda uma pluralidade de corpos, vivências e crenças, além de questões de raça, orientação sexual, origem étnica, etc. Devemos, portanto, vislumbrar uma representação descritiva, desprendida de um ideal de homogeneidade (TÓBAR, 2008. p. 64).

O marcador **gênero** na política implica no reconhecimento de que o termo carrega consigo uma bagagem social e histórica, por hora, indissociável. A evidente desigualdade e todas

as dificuldades dela resultantes tornam o caminho à ascensão das mulheres muito mais penoso do que para os homens, o que também deve ser considerado – e solucionado – pelo direito, de modo que a elegibilidade possa ser a promessa de uma melhor igualdade, ao passo que: “desafia los estereotipos arraigados respecto de que ciertos grupos no son adecuados para ostentar cargos políticos, a la vez que aumenta la legitimidad de facto del sistema de gobierno en contextos de discriminación en el pasado” (TÓBAR, 2008. p. 65).

A ideia de gênero dentro da política se justifica, portanto, pela intervenção intencionada à efetivação da participação de mulheres em tal meio, como forma de possibilitar um ciclo de mudanças que ultrapassem o âmbito discursivo-normativo e se tornem verdadeiramente eficazes na promoção da igualdade, modificando, por consequência, as baixas porcentagens de representatividade.

2 A AÇÃO AFIRMATIVA DE GÊNERO NA POLÍTICA BRASILEIRA

Situar as mulheres e, também, todos os brasileiros dentro do sistema político do país, depende da reflexão acerca de um contexto histórico e turbulento, a partir do qual se elaborou uma legislação nacional relativamente recente. A democracia na qual vivemos atualmente é jovem diante à política brasileira, mas, apesar de seus poucos anos, traz consigo grande bagagem, marcas de instabilidade, altos e baixos, lutas e conquistas, além de espaços marcados por questões de gênero.

A esperança da igualdade sufragista, desta forma, só ocorreu a partir de 1930, quando da ruptura da República Velha e a tomada de poder por Getúlio Vargas, que ao repensar o sistema eleitoral brasileiro, primeiramente trouxe a permissividade do voto feminino por meio de um Código Eleitoral provisório, o qual continha uma série de restrições, de modo que somente viúvas ou solteiras, com renda própria, que poderiam votar. A movimentação do FBPF novamente foi essencial à época e algumas mulheres, como Bertha Lutz, inclusive, se encontraram com Vargas para solicitar retirada das restrições, corroborando pontualmente com a sua decisão (HAHNER, 1981, p. 119).

Assim, podemos dizer que ao sufrágio somente/finalmente foi efetivado no ano de 1932, quando o Código Eleitoral da época ofertou a primeira forma de não distinção ente os sexos, permitindo que as mulheres pudessem votar, sob a exigência de algumas condições especiais, como mulheres viúvas, solteiras com renda própria e casadas, desde que com a autorização do marido. (MARQUES, 2019, p. 85). Por obviedade, quando das eleições para a Assembleia Constituinte, em maio de 1933, mulheres como Leolinda Daltro e Bertha Lutz (entre outros nomes de um total de sete¹), se candidataram à Constituinte, embora nenhuma fosse eleita. A primeira mulher eleita no país foi Carlota Pereira de Queiroz, para o cargo de deputada federal, nas eleições que aconteceram também em maio daquele ano (MARQUES, 2019, p. 99).

¹ Além de Bertha Lutz e Leolinda Daltro, se candidataram: Natércia da Silveira, Ilka Labarte, Georgina Azevedo Lima, Tereza Rabelo de Macedo e Julita Soares da Gama (MARQUES, 2019, p. 91).

Após o reconhecimento do direito ao voto feminino em 1932, o mesmo foi consolidado, posteriormente, pela Constituição de 1934 e, finalmente instituído em termos iguais de obrigatoriedade pela Constituição de 1946, para que, por fim, estivesse presente no Código Eleitoral de 1965, até hoje vigente, ainda que posto em evidente desuso graças aos anos de autoritarismo da ditadura militar vivenciados pelo país, e que acabaram por suprimir os direitos políticos de todas e todos.

Podemos dizer que, embora a igualdade se manifestasse primeiramente pelo código eleitoral e, posteriormente pelo advento da Constituição Federal de 1988, tornava-se impossível um pensamento direcionado para sua real efetivação, já que ausentes mecanismos de suporte, como ações afirmativas, que tentassem corrigir as desigualdades construídas entre homens e mulheres. Tal ideia passou a ocupar o direito brasileiro a partir da participação país na IV Conferência Mundial da Mulher, realizada no ano de 1995, em Beijing, na China, por meio da recomendação da aplicação de ações afirmativas como forma de diminuir as desigualdades entre homens e mulheres, inclusive no cenário político (COSTA, 2011, p. 202).

Cumprir mencionar que, o sistema eleitoral no qual tal ação afirmativa está inserida, se compõe pelo sistema proporcional de lista aberta – pela análise do quociente eleitoral partidário – para o preenchimento as cadeiras da Câmara dos Deputados.

Assim, a primeira legislação de ação afirmativa voltada para a participação das mulheres na política foi proposta no mesmo ano, por iniciativa da deputada Marta Suplicy (PT-SP), pela Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que estabelecia, conforme sua ementa “normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996” (BRASIL, 1995), além de outras providências, assegurando, conforme seu artigo 11, § 3º, uma cota mínima de 20% do preenchimento de vagas para as candidaturas de candidatas mulheres.

A proposta inicial previa uma cota de, no mínimo, 30% para o preenchimento de vagas, o que não foi aceito e, portanto, reduzido para 20%. No mesmo sentido, a aprovação da Lei só ocorreu graças a um forte engajamento da bancada feminina, que atuou de maneira unificada, facilitando o resultado. No mesmo sentido, foram inúmeras as críticas à propositura e conteúdo da ação afirmativa, uma vez que os opositores da medida possuíam uma interpretação formalista da Constituição Federal de 1988, defendendo que a nova medida feria o disposto em seu artigo 5º, *caput*, (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 2020), sendo, portanto, inconstitucional (MELO; THOMÉ, 2018, p. 144).

No sentido previsto da própria ideia de igualdade, notamos que não seria possível falar em inconstitucionalidade da ação afirmativa, já que seu intuito no momento era de, justamente, equiparar os caminhos entre homens e mulheres, permitindo a nível municipal e ainda que de forma mínima, devido à baixa porcentagem, uma maior igualdade nas candidaturas.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tal medida foi estendida também para os cargos legislativos referentes às eleições gerais, ou seja, Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. Assim, conforme o previsto em seu artigo 10, §3º: “Do número de vagas resultante das regras

previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo” (BRASIL, 1997). Evidenciamos que no momento da nacionalização da norma, fora atribuída à cota um aumento, já que antigamente dispunha o mínimo de 20% e com a alteração passou a determinar o mínimo de 30%. Do mesmo modo, é relevante destacar outros dois aspectos sobre alteração da ação afirmativa de cotas em 1997.

O primeiro deles é que, diferentemente da disposição acerca das legislações municipais, a Lei se omitiu quanto à destinação das cotas diretamente às mulheres, preferindo o uso da expressão “candidaturas de cada sexo”. Deste modo, notamos que nada impediria, por exemplo, que o mínimo de 30% fosse resguardado aos homens, enquanto às mulheres coubesse os 70% restantes. Importante reforçar que, devido às desigualdades, ainda assim as mulheres foram as grandes beneficiárias da Lei em questão.

No mesmo sentido, o segundo ponto chave do parágrafo 3º é que, embora as cotas formalmente trouxessem avanços ao direito à isonomia, o verbo de ordem dizia respeito apenas à reserva de vagas e não necessariamente ao seu preenchimento. Assim, notamos que ação afirmativa tinha baixo caráter coercitivo, não atuando de maneira pontual no combate às desigualdades de gênero, uma vez que deixava a aplicabilidade propriamente dita como parte da livre decisão dos partidos, sendo obrigatória a reserva, mas facultativo o preenchimento de vagas e lançamento de candidaturas femininas.

Por tal motivo, após cerca de 12 anos da vigência de uma legislação de cotas que possuía lacunas explícitas quanto a sua efetiva aplicabilidade, a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, também chamada de “Minirreforma Eleitoral de 2009”, alterou o previsto no artigo 10, §3º da Lei nº 9.504/1997, substituindo o verbo de ação “reservar”, pelo verbo de ação “preencher” de modo que, *in verbis*: “o número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **preencherá** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo” (BRASIL, 2009, grifo nosso). Notamos que a porcentagem referente a ação afirmativa foi mantida, bem como a não explicitação de direcionamento – embora novamente frisemos que, por obviedade, as maiores beneficiárias continuaram sendo as mulheres.

A mudança se deu, portanto, no aspecto da obrigatoriedade. Se antes as cotas eram aplicadas somente no tocante da reserva, não impedindo os partidos de lançarem candidaturas femininas abaixo do mínimo legal, com o advento da reforma a coercibilidade ficaria evidente, de modo que a obrigatoriedade de preenchimento das legislaturas implicaria, necessariamente, em um percentual mínimo de 30% de candidaturas femininas lançadas para a concorrência nas eleições.

Assim, a nova norma em questão evidenciou seu caráter objetivo, de modo que o descumprimento impediria, a partir daquele momento, a regularidade do registro do partido ou da coligação interessados em participar da eleição. Desta forma, diante da impossibilidade de registro mínimo de mulheres, a única alternativa possível seria a redução do número de candidatos homens, de forma a adequar os percentuais exigidos. Do contrário, sem preenchimento e sem readequação, a sanção implicaria no indeferimento do Demonstrativo de Regularidade dos Atos

Partidários (DRAP)² e, conseqüentemente, todos os candidatos terão seus pedidos de registro indeferidos (ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL, 2020).

No mesmo sentido, no ano de 2016 o Brasil aprovou a Minirreforma Eleitoral, representada pela Lei 13.165 de 29 de setembro de 2015, prevendo métodos de incentivo à participação feminina no Brasil. Especificamente em seu artigo 9º determinava que nas três eleições seguintes, ou seja, 2016, 2018 e 2020, os partidos deveriam reservar em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais de mulheres (BRASIL, 2015).

Ocorre que, aquilo que parecia ser a solução para a efetiva funcionalidade da ação afirmativa direcionada às candidatas, na verdade passou ser um novo problema para o direito brasileiro. Com a obrigatoriedade do preenchimento mínimo e vinculação dos partidos para o seu cumprimento, surgiu a questão das candidaturas femininas de fachada, também chamadas de “candidaturas de laranjas”, pelas quais os partidos lançam pessoas à concorrência meramente formal, mas não de fato, uma vez que ausentes quaisquer investimentos, tornando impossível a elegibilidade.

Desta forma, ao invés dos partidos incentivarem a promoção da participação para que lançassem candidatas, passaram a inscrever mulheres que não integrariam de fato a corrida eleitoral, evitando o cumprimento das cotas e, conseqüentemente, o mínimo legal de gastos previstos conforme o artigo 9º da Minirreforma Eleitoral.

Notamos, assim, que embora havida uma mudança na lei, a elegibilidade feminina encontrava óbices desde a candidatura, uma vez que os partidos e coligações preferiam providenciar uma fraude eleitoral, ao invés de efetivamente estimular a participação de mulheres com oportunidades e recursos financeiros.

A fraude é apresentada, inclusive, conforme os dados disponibilizados pelo TSE. Como exemplo, preferimos usar as eleições municipais de 2016, já que foram as primeiras a serem abrangidas tanto pela obrigatoriedade do preenchimento da cota mínima de candidaturas, bem como pelo artigo de destinação de Fundo Partidário. Assim, conforme o TSE, em 2016 cerca de 16.131 candidatos terminaram a eleição sem ter recebido sequer um voto e dentre o número total, 14.417 correspondiam às candidaturas de mulheres e 1.714 às candidaturas de homens (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2016), o que nos faz perceber a desproporção baseada na intenção de não cumprimento da cota mínima apresentada.³

Assim, embora a legislação formal proferisse uma regra aos partidos e coligações, ela não promovia de fato candidaturas reais e que recebessem destinação de incentivos. No mesmo sentido, ainda que bem-intencionado o artigo da Minirreforma Eleitoral, ao prever o mínimo da destinação do Fundo Partidário, notamos que ao mesmo tempo se tornava inconstitucional, principalmente ao

2 Conforme jurisprudência do TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 117-81.2012.6.05.0079 BA e Recurso Especial Eleitoral nº 29-39.2012.6.17.0134 PE.

3 Conforme o TSE, em 2016 houve um total de 158.450 candidaturas femininas, 338.437 candidaturas masculinas e 40 na categoria “não divulgável”. Assim, as estatísticas apresentam 496.927 candidaturas totais, das quais 31,9% são de mulheres. Ao verificarmos o total de candidaturas sem nenhum voto, notamos que aproximadamente 9% das candidaturas femininas podem ser de fachada. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020)

prever um teto de gastos com as mulheres quando dispunha o máximo de 15%.

Por tal motivo e justificadamente, o artigo passou a ser pauta de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), sob a justificativa de que ele feria o direito à igualdade ou não discriminação. Frisamos que a Lei, embora possuísse intenção de promover a participação, muito se diferia do formato de ação afirmativa, pois impossibilitava, de maneira direta, um investimento maior que o previsto em lei às candidaturas femininas. No mesmo sentido, não podemos dizer que seu dispositivo prestigiava a igualdade material, já que diferenciava homens e mulheres para fins alheios a equiparação, não promovendo paridade e não correspondendo a um medidor de oportunidades.

Consequentemente, em março de 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ação procedente, entendendo-a como inconstitucional, principalmente no que tange o artigo 5º da CF/88. Do mais, considerou que, já que no país temos uma ação afirmativa de preenchimento de candidaturas correspondente a um mínimo de 30%, o ideal seria interpretar a destinação do Fundo Partidário conforme a cota já firmada, fixando, no mesmo sentido, que caso o número de candidaturas fosse maior que 30%, consequentemente o investimento deveria ser alocado na mesma proporção (BRASIL, 2018a). Importante mencionar, inclusive, que a decisão do STF também destina a aplicabilidade mínima e proporcional ao tempo destinado à realização da propaganda eleitoral gratuita, de modo que cabe às candidatas mulheres a garantia e apresentação em rádio ou televisão durante a campanha eleitoral. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018)

É fato que no meio político aqueles que não recebem investimento não progredem, da mesma forma que, aqueles que não são vistos não são lembrados. Uma boa campanha está diretamente atrelada ao estímulo financeiro e à boa divulgação da candidatura, o que foi assertivo ao possibilitar uma melhor igualdade entre homens e mulheres durante as eleições. Entretanto, embora a interferência do judiciário tenha compensado a discriminação da lei, os problemas com as candidaturas de laranjas ainda apresentavam riscos para a democracia brasileira.

Isso porque o caso não ficou restrito às eleições municipais de 2016, anteriormente mencionadas. Nas eleições gerais de 2018, regidas tanto pela obrigatoriedade do preenchimento, como pelo aumento da destinação de fundos devido ao STF, uma pesquisa apresentada pela BBC e realizada pelas professoras Malu Gatto, da *University College London*, e Kristin Wyllie, da *James Madison University*, denunciaram alguns partidos brasileiros por candidaturas femininas falsas com o intuito de burlar a Lei e privilegiar candidatos homens no recebimento de recursos.

Segundo a matéria Passarinho (2019), o levantamento demonstra que cerca de 35% de todas as candidaturas de mulheres para a Câmara dos Deputados em 2018 não alcançaram 320 votos, o que indicaria que elas sequer fizeram campanha durante a corrida eleitoral.

Da mesma forma, as autoras explicam que os “saltos” nas candidaturas falsas de mulheres ocorrem a cada ano em que há mudanças da legislação de cotas, ou ainda na sua interpretação (conforme intervenção do judiciário, por exemplo). Tal observação explica, por exemplo, o grande número de fraudes nas já analisadas eleições municipais de 2016, bem como nas gerais de 2018 (PASSARINHO, 2019), que conforme demonstrado aconteceram após a decisão do STF sobre o

Fundo Partidário.

Por tal motivo, cumpre mencionar outra importante decisão do judiciário, mais precisamente do TSE, que no dia 17 de setembro de 2019 decidiu que no caso de candidaturas de laranjas, com o fim comprovado de fraudar o parágrafo 3º do artigo 10, da Lei 9.504/97, todos os eleitos do partido e da coligação **seriam cassados, sem exceção** (CONGRESSO EM FOCO, 2019). A decisão foi dada a partir do Recurso Especial Eleitoral nº 19392, de Valença do Piauí (PI), que trazia o caso de seis vereadores eleitos na cidade em 2016, acusados de se beneficiarem das candidaturas de mulheres que sequer fizeram propaganda eleitoral previamente às eleições (BRASIL, 2019).

O principal argumento que motivou a cassação de todos os eleitos e não somente das mulheres cujos nomes foram utilizados na fraude, é de que o registro das candidaturas fraudulentas foi o que possibilitou uma maior quantidade de homens na disputa, além de também ser contabilizado para as alianças, culminando em quociente eleitoral favorável a elas. Assim, a tese é de que a própria democracia estaria em risco, uma vez que caso não houvesse fraude o partido e suas coligações não teria participado efetivamente das eleições, tampouco se beneficiado dos resultados.

No mesmo sentido, ainda sobre não punir apenas as mulheres, o Relator Min. Jorge Mussi bem concluiu que:

Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de “laranjas”, com verdadeiro incentivo a se “correr o risco”, por inexistir efeito prático desfavorável. (BRASIL, 2019).

Portanto, verificamos que a decisão visa, principalmente, punir o partido pelo ato e não apenas as pessoas físicas que corroboraram com a fraude. A decisão do TSE apresentou-se como forma de coibir ações que invalidassem o estímulo da participação feminina na política brasileira, com a sábia percepção de que para isso deveria não apenas propor leis com ideais igualitários, mas também fiscalizar e sancionar atitudes que enfraqueçam seu cumprimento, servindo de parâmetro para decisões recentes, como os casos das candidaturas laranja das eleições de 2018.

Em suma, notamos que, embora a ação afirmativa para mulheres na política tenha tido suas primeiras manifestações em 1995, com as eleições municipais, esta passou por alterações formais e judiciais, de forma que atualmente é obrigatória e abrange todo o território nacional. Temos, portanto, uma Lei que vincula os partidos não somente ao preenchimento de 30% das candidaturas para cada sexo, mas também à promoção e investimento para tais candidaturas, direcionando proporcionalmente o fundo partidário e o tempo de propaganda eleitoral gratuita, ainda cabendo sanção caso incidam em fraude com o fim de burlar a Lei de cotas estabelecida.

Ademais, importante mencionar que, embora o texto legislativo utilize a palavra “sexo” em detrimento da palavra “gênero”, a ação afirmativa se tornou alvo de questionamento pela Consulta nº 060405458 (BRASIL, 2018b), justamente pelo seu caráter excludente às mulheres

transexuais, já que não explicitava se gozariam ou não do direito às cotas. Deste modo, em março de 2018 o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que a expressão “cada sexo” contida no artigo 3º da Lei nº 9.504/97, deve ser interpretada como “cada gênero” e não sexo biológico, abarcando também as mulheres transexuais (BRASIL, 2017), e que, embora não especificamente analisado no presente artigo, representou uma vitória no tocante da igualdade.

3 ANÁLISE DOS IMPACTOS DA EVOLUÇÃO DA AÇÃO AFIRMATIVA NA ELEGIBILIDADE DE MULHERES

A partir das noções sobre a evolução da ação afirmativa ao longo dos anos, preferimos direcionar a presente pesquisa a uma análise quantitativa dos impactos na elegibilidade para os cargos de deputadas no Brasil. Nesse sentido, o levantamento foi realizado com base nos dados disponíveis no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no *Inter-Parliamentary Union* (IPU), que traz também um ranking mundial da participação das mulheres na política.

Os dados se remetem especificamente aos anos de 1998 até 2018, justamente pelo intervalo inicial corresponder ao início da ação afirmativa no Brasil e, o final, corresponder a última eleição geral realizada no país.

Frisamos que o indicativo se remete exclusivamente ao gênero “mulher”, não havendo, no momento, recortes específicos de raça e identidade, meramente por questões metodológicas e de possibilidade de pesquisa, ainda que os reconheçamos e consideremos extremamente importantes, devido à interseccionalidade havida e a necessidade de combate estruturado de maneira racista cis-hétero-patriarcal.

Nesse sentido, colacionamos a tabela com o levantamento de dados, por meio da qual também é possível realizar uma análise qualitativa da influência da evolução da ação afirmativa brasileira na elegibilidade de mulheres:

Tabela 1: Proporção por gênero das eleitas e dos eleitos como deputadas e deputados no Brasil entre os anos de 1998 e 2018⁴.

DEPUTADAS (OS) – PROPORÇÃO DE CANDIDATAS (OS) ELEITAS (OS) POR GÊNERO					
Ano da eleição	Número total de eleitas(os)	Número de homens	Número de mulheres	Porcentagem de homens	Porcentagem de mulheres
1998	513	484	29	94,35%	5,65%
2002	513	481	32	93,76%	6,23%
2006	513	468	45	91,22%	8,77%
2010	513	469	44	91,42%	8,5%
2014	513	462	51	90,06%	9,94%
2018	513	436	77	84,99%	15,01%

A partir dos dados e da comparação analítica com a lei, notamos que a porcentagem de

⁴ Tabela organizada pela autora com base nos dados disponibilizados no site do Tribunal Superior Eleitoral e Inter-Parliamentary Union. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2020a; INTER-PARLIAMENTARY UNION, 2019).

mulheres eleitas pouco evoluiu ao longo de 20 anos da vigência da ação afirmativa. Ao partirmos, por exemplo, do ano indicativo de 1998 e compararmos com 2018, evidenciamos que, embora o número de mulheres na Câmara dos Deputados tenha mais que triplicado (de 22 eleitas para 77 eleitas), ainda corresponde a um número ínfimo em relação aos homens eleitos para o mesmo cargo, principalmente quando verificada a porcentagem.

Ainda, sobre a evolução da lei, notamos que quando da sua primeira aplicação relativa às eleições gerais (1998), já restaram evidentes os problemas de sua aplicação vaga e destinada apenas à reserva de 30% das candidaturas, resultando, conseqüentemente, em um baixo percentual de 5,65% de mulheres eleitas como deputadas, ou seja, 29 mulheres dentre 513 cadeiras.

Ante a estagnação legislativa, pela análise da tabela também resta evidente que o percentual de mulheres pouco variou, subindo pouco mais de 3% entre 1998 e 2006, ano em que foram eleitas 45 mulheres como deputadas. A estampada ineficácia da ação, unida à lacuna permissiva que determinada apenas a reserva de vagas – que trouxe liberalidade para que os partidos candidatassem ou não mulheres à corrida eleitoral – motivou a já mencionada Minirreforma Eleitoral de 2009, pela qual foi substituído o verbo “reservar” pelo verbo “preencher”.

Embora o avanço seja considerado uma vitória, justamente por passar a obrigar os partidos a candidatar mulheres, a análise de dados mostra que, na eleição seguinte à reforma (2010) o número de mulheres eleitas como deputadas, ao invés de aumentar, diminuiu de 45 para 44. Ainda, nas eleições de 2014, notamos novamente que o avanço foi ínfimo, sendo que em tal ano foram eleitas 51 mulheres, o que correspondia a um percentual de 9,94% das cadeiras.

Por fim, a última modificação legislativa da ação afirmativa adveio do judiciário brasileiro, em 2018, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF, que conforme demonstrado, considerou inconstitucional a Minirreforma de 2016 que estipulava um teto de 15% na destinação do fundo partidário para mulheres (BRASIL, 2018a). O Supremo Tribunal Federal, ao considerar a destinação de, no mínimo, 30% do fundo partidário para mulheres, bem como a aplicabilidade mínima e proporcional ao tempo destinado à realização da propaganda eleitoral gratuita, trouxe alguns notáveis impactos à elegibilidade.

Como podemos ver, após a decisão do STF o número de deputadas eleitas em 2018 saltou de 51 para 77, correspondendo ao maior aumento em quatro anos dentre todas as legislaturas elencadas. Embora notório o impacto, não podemos deixar de apontar que, em termos de porcentagem, a quantidade de mulheres eleitas como deputadas em 2018 ainda deixa a desejar, perfazendo o total de 15,01%.

CONCLUSÃO

Conforme o exposto, aspectos de gênero no meio político representam nitidamente a disparidade havida entre homens e mulheres, perpetuados por estruturas históricas e culturais, que insistem em determinar aqueles que ocuparão lugares de poder. Assim, apesar dos grandes movimentos feministas e de todas as mudanças até o momento conquistadas, ainda é necessário

problematizar a posição subalterna na qual as mulheres são colocadas – principalmente na política –, de modo a permitir efetivamente o acesso, a igualdade e a representatividade.

Nesse sentido, com base na análise da evolução da lei e na coleta e tratamento de dados, primeiramente podemos concluir que o preenchimento de no mínimo 30% de candidaturas de mulheres não apresenta, necessariamente, um impacto positivo na elegibilidade de tais mulheres. Notamos que, embora a ação afirmativa esteja vigente por mais de 20 anos, o cenário político pouco foi alterado, mantendo-se, em sua grande maioria, composto por homens (além de outros aspectos existentes, embora não abrangidos pela presente análise, como brancos-cis-héteros).

Verificamos que os percentuais pouco oscilaram nos momentos de importante alteração legislativa, como na criação da ação afirmativa, ainda que remetida à reserva de vagas, mas também na grande mudança referente ao preenchimento, que passou a exigir dos partidos um posicionamento ativo na inclusão, sem, no entanto, refletir positivamente no número de eleitas.

Por fim, os números mostraram que a alteração com maior sucesso foi a advinda do judiciário, pela qual houve um aumento significativo em relação ao último ano computado, sem, no entanto, trazer satisfação em relação ao grande panorama, uma vez que a porcentagem de mulheres eleitas como deputadas ainda é ínfima quando comparada com o de homens eleitos.

Desta feita, por meio da análise concluímos acentuada falha da ação afirmativa em tela, de modo que ela, por si só, não promove um aumento considerável de mulheres eleitas, frustrando o fim para o qual foi criada. Assim, alterações alternativas, diretamente ligadas à elegibilidade, tais como a preferência por sistemas eleitorais de lista fechada ou, ainda, por uma ação afirmativa voltada à reserva de cadeiras e não preenchimento de candidaturas, surtiriam melhores efeitos no aumento de mulheres eleitas.

Ainda, pelo próprio sucesso da intervenção do judiciário, notamos que o investimento e a visibilidade influenciam positivamente na elegibilidade, o que nos traz a perspectiva de que o incentivo de políticas de qualificação, treinamento e oportunidade são pontos chave para o sucesso das mulheres no meio político – e também fora dele.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.** Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código

Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617 DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e eleitoral. Art. 9º da lei 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à igualdade e à não-discriminação. Relator Min. Edson Fachin, 15 de março de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **CTA - Consulta nº 060405458 - Brasília – DF**. Relator: Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, 01 de março de 2018b. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=cotastransexuais>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 19392 - Valença do Piauí - PI**. Embargos de declaração. Recurso especial. Eleições 2016. Vereadores. Ação de investigação judicial eleitoral. Fraude a cota de gênero. Omissões. Inexistência. Rejeição. Relator Min. Jorge Mussi, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CONGRESSO EM FOCO. TSE decide que candidatura laranja de mulheres gera cassação integral da chapa. **Congresso em foco**, Brasília, 18 set. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/judiciario/tse-decide-que-candidatura-laranja-de-mulheres-gera-cassacao-integral-da-chapa/>. Acesso em: 15 dez. 2020.

COSTA, Ana Alice Alcântara. A política de cotas na América Latina: as mulheres e os dilemas da democracia. In: BONNETI, Alinne; SOUZA; Ângela Maria Freire de Lima e (org.). **Gênero, mulheres e feminismos**. Salvador: EDUFBA; NEIM, 2011.

ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL. **DRAP: O que é?**. Brasília: EJE, 2020. Disponível em: <https://eadeje.tse.jus.br/mod/book/view.php?id=5472&chapterid=1320>. Acesso em: 15 dez. 2020.

FUDGE, Judy. Rungs on the labour law ladder: using gender to challenge hierarchy. **Saskatchewan Law Review**, Saskatoon, v. 60, p. 237-264, 1966.

HAHNER, June E. **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

IBGE EDUCA. **Conheça o Brasil – População**. Quantidade de homens e mulheres. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 15 dez. 2020.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. **Women in national parliaments**. Geneva: IPU, 2019. Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MAGALHÃES, Livia. **Lugar de mulher: feminismo e política no Brasil**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2017.

MARQUES, Tereza Cristina de Novaes. **O voto feminino no Brasil**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

MELO, Hildete Pereira de; THOMÉ, Débora. **Mulheres e poder: histórias, ideias e indicadores**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

MIGUEL, Luís Felipe. Política de interesses, política do desvelo: representação e “singularidade feminina”. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 253-267, 2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2001000100015/8913>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MIGUEL; Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2015.

PASSARINHO, Nathália. Candidatas laranjas: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018. **BBC News Brasil**, Londres, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723>. Acesso em: 15 dez. 2020.

PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007.

PISCITELLI, Adriana. Gênero, a história de um conceito. *In*: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José Eduardo (org.). **Diferenças, igualdade**. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009. (Sociedade em foco: introdução às ciências sociais)

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul.-dez. 1995.

SERRET, Estela. **Género y democracia**. 2. ed. México: Instituto Nacional Electoral, 2019.

TÓBAR, Marcela Ríos. **Mujer y política: el impacto de las cuotas de género en América Latina**. Santiago: Catalonia, 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Eleições anteriores. **TSE**, Brasília, 2020a. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>. Acesso em: 15 dez. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Estatísticas Eleitorais. Quantitativo e situação dos(as) candidatos(as). **TSE**, Brasília, 2020b. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 15 dez. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Fundo eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE. **TSE**, Brasília, 22 maio 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em: 15 dez. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Mais de 16 mil candidatos tiveram votação zerada nas eleições 2016. **TSE**, Brasília, 10 out. 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos-tiveram-votacao-zerada-nas-eleicoes-2016>. Acesso em: 17 jul. 2020.

Como citar: OLIVEIRA, Letícia Trevizolli de; BORGES, Daniel Damasio. Mulheres na política: análise dos impactos da ação afirmativa de gênero na elegibilidade de deputadas no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 213-229, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 213. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 16/02/2021
Aprovado em: 11/10/2021

RETROCESSOS DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PRETENDIDA PELA PEC 32/2020

SOME CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF
SUBSIDIARITY: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE
CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL 32/2020

Érika Capella Fernandes*
Irene Patrícia Nohara**

Como citar: FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da positivação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela pec 32/2020. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 230-246, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 230. ISSN: 1980-511X

*Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Atua como Procuradora do Município de Sorocaba. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Sorocaba – UNISO.

E-mail: erika_capella@hotmail.com

** Livre-Docente em Direito Administrativo (2012, USP), Doutora (2006) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou (1999) pela área de direito público. Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).
E-mail: irene.nohara@uol.com.br

Resumo: O presente trabalho analisa a tentativa de positivação do princípio da subsidiariedade no artigo 37 da Constituição Federal, tal como pretendido pela PEC 32/2020, sendo conhecida como a proposta de Reforma Administrativa. O artigo examina o significado deste princípio, bem como suas implicações concretas em relação ao papel constitucional do Estado brasileiro. Além disso, perquire quais são os argumentos que embasam o discurso ideológico favorável à adoção da subsidiariedade. Após, utiliza como referencial teórico a obra de Mariana Mazzucato, para desconstruir a imagem falsa do Estado inábil e demonstrar a importância de um Estado ativo e empreendedor para o desenvolvimento do País. Finalmente, serão analisados os limites de reforma constitucional, concluindo-se pela possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de reformas que pretendam descaracterizar o papel protagonista do Estado, tendo em vista a preservação e o respeito ao programa constitucional originário.

Palavras-chave: Princípio da Subsidiariedade. PEC 32/2020. Estado Social. Limites à Reforma Constitucional.

Abstract: The following research analyzes the inclusion of the principle of subsidiarity in the article 37 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as it is intended by the PEC 32/2020. The article examines this principle's meaning, as well as its consequences related to the constitutional role of the Brazilian State. Besides that, it asserts which are the backgrounds that frames the ideological discourse inclined to the subsidiarity enactment. Later on, Mariana Mazzucato's work is used as a theoretical framework to deconstruct the false image of tactless

State and to demonstrate the importance of an entrepreneurial and active State in order to develop the country. Finally, the constitutional reform limits will be analyzed, which will lead to the conclusion of the possibility to plead the unconstitutionality of the reforms that pretend to mischaracterize the leading role of the State, taking into consideration the respect to the constitutional program.

Keywords: Principle of Subsidiarity. PEC 32/2020. Welfare State. Limits to the Constitutional Reform.

INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda Constitucional 32/2020, conhecida como “PEC da Reforma Administrativa”, foi encaminhada ao Congresso Nacional em setembro de 2020. No entanto, devido às conturbações políticas, ela não foi pautada para maiores debates em 2020, ano de intensificação da pandemia e também de alteração na composição da liderança das Casas Legislativas. Dentre as mudanças propostas, inclui-se a ampliação do rol de princípios da Administração Pública. Uma das principais alterações consiste na tentativa de positivação do chamado “princípio da subsidiariedade”.

O presente artigo objetiva analisar em que consiste este princípio e quais as suas implicações em havendo a sua positivação no rol de princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição.

Será visto que parcela da doutrina entende que o princípio da subsidiariedade já estaria previsto no artigo 173 da Constituição, ao estabelecer que a exploração direta de atividade econômica no Brasil cabe aos particulares, atuando o Estado subsidiariamente apenas quando justificado por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por outro lado, há fortes argumentos no sentido de que a Constituição de 1988 não incorporou o princípio da subsidiariedade, ao contrário das suas predecessoras Cartas Constitucionais, que o fizeram expressamente, como a Carta de 1937 e as Cartas outorgadas pela Ditadura Militar.

Em que pese a controvérsia existente acerca do princípio estar ou não positivado no artigo 173 da Constituição Federal, a proposta de emenda constitucional vai além de estipular uma suposta atuação subsidiária do Estado na ordem econômica, quando da atuação na atividade econômica em sentido estrito, para instituir uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária”.

O presente trabalho pretende lançar luzes sobre os efeitos da inserção da subsidiariedade enquanto um princípio constitucional expresso no rol do artigo 37 da Constituição Federal. Passa-se, então, à análise do discurso ideológico favorável à positivação do “princípio da subsidiariedade”, o qual é construído com base na imagem de um Estado caro, ruim e ineficiente. Na própria exposição de motivos da PEC 32/2020 é feita menção a um “Estado que custa muito, mas entrega pouco”. A fim de desconstruir esta imagem, será abordada, como referencial teórico, a obra de Mariana Mazzucato, que desconstrói o mito de que o setor privado seria uma força inovadora e o Estado seria uma força paralisante da economia.

Por fim, o trabalho analisa os limites ao poder de reforma constitucional, para avaliar a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de reformas que pretendam descaracterizar o papel do Estado tal como previsto no programa constitucional originário – como é precisamente o caso da PEC 32/2020. Espera-se alcançar uma visão embasada no projeto constitucional para o Estado, como contribuição para a reflexão crítica sobre a proposta de sua desconstrução, por meio da positivação do mencionado princípio no coração do artigo constitucional concernente à Administração Pública.

1 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 32/2020 E A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A PEC 32/2020 sugere uma nova redação ao artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e **subsidiariedade** e, também, ao seguinte: (...). (BRASIL, 2020).

Na exposição de motivos da proposta, constam a seguinte justificativas para a alteração do rol de princípios constitucionais expressos:

A modernização da concepção do Estado também está exemplificada por meio do aprimoramento dos princípios que regem a Administração Pública, com a inclusão no texto constitucional dos princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, subsidiariedade e boa governança pública ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que constam no caput do art. 37 da Carta Magna.

(...)

O princípio da subsidiariedade está associado com a valorização do indivíduo e das instâncias mais próximas a ele, prestigiando sua autonomia e sua liberdade. Tal princípio, historicamente consolidado, visa a garantir que as questões sociais sejam sempre resolvidas de maneira mais próxima ao indivíduo-comunidade, e só subsidiariamente pelos entes de maior abrangência, ressaltando, no âmbito da Administração Pública, o caráter do federalismo. (BRASIL, 2020).

As justificativas apresentadas não parecem ser suficientes para esclarecer todo o significado e as implicações da inserção da subsidiariedade no texto constitucional. É preciso avaliar, portanto, o que não foi dito, mas está subentendido.

Faz-se mister proceder a uma análise atenta da matéria, diante das transformações profundas que esse princípio poderá trazer consigo, na própria concepção do papel do Estado. Assim, é importante neste momento (i) refletir acerca do significado do princípio da subsidiariedade e analisar se corresponde a uma novidade ou se configura mera repetição do artigo 173 da Constituição Federal; (ii) investigar quais são as implicações da inserção da subsidiariedade enquanto um novo princípio expresso no rol do artigo 37 da Constituição.

1.1 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E CONTROVÉRSIAS SOBRE O ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo expõe Gilberto Bercovici (2015), “o princípio da subsidiariedade tem grande convergência com as propostas liberais e neoliberais, para quem o Estado, para ser legítimo, deve ser subsidiário”.

O princípio da subsidiariedade propaga a primazia da atividade da iniciativa privada em relação à iniciativa estatal, a partir da ideia de que o Estado deve se abster de realizar atividades que os particulares teriam condições de exercer pela iniciativa e com recursos próprios (NOHARA, 2016, p. 190). Nessa lógica, caberia ao Estado tão somente deixar que a sociedade civil e o mercado resolvessem seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver os seus problemas é que o Estado deve atuar (GABARDO, 2009, p. 6).

Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade coloca o Estado em um papel secundário, como mero auxiliar da iniciativa privada, a quem competirá o principal papel na busca pelo desenvolvimento e pela produção de riquezas. Em suma, o princípio da subsidiariedade representa a preponderância do setor privado, de modo que a atuação do Estado passa a ser a exceção e não a regra. O setor privado se torna o protagonista e o Estado é relegado ao papel de mero coadjuvante.

O princípio da subsidiariedade estava previsto expressamente na Carta de 1937, bem como nas cartas outorgadas pela ditadura militar. Durante o regime militar brasileiro, o Estado só poderia explorar diretamente a atividade econômica em caráter subsidiário à iniciativa privada (BERCOVICI, 2015).

Segundo uma interpretação neoliberal, o princípio da subsidiariedade estaria previsto no artigo 173 da Constituição de 1988, na medida em que impede a exploração direta de atividade econômica pelas empresas estatais, salvo nas hipóteses excepcionais de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Esta concepção busca limitar o papel do Estado na economia, vinculando a intervenção estatal à ideia de subsidiariedade:

Para certa interpretação neoliberal da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia estaria limitado negativamente pela livre iniciativa, princípio constitucional que vincularia “automaticamente” a intervenção estatal à subsidiariedade. O setor privado teria o principal papel na busca do desenvolvimento e da produção de riquezas. O Estado auxiliaria e supriria a iniciativa privada em suas deficiências e carências, só a substituindo excepcionalmente. A atividade econômica do Estado seria a exceção, ela não se autojustificaria, consagrando-se o princípio da subsidiariedade, que estaria previsto no artigo 173 da Constituição de 1988. (BERCOVICI, 2015).

Todavia, autores como Emerson Gabardo (2009, p. 232) e Gilberto Bercovici (2015) demonstram que a Constituição Federal não previu a atuação subsidiária do Estado na ordem

econômica. Pelo contrário, o Constituinte de 1988 rejeitou de maneira proposital a adoção da subsidiariedade, realizando a opção política de não repetir o dispositivo presente na Carta anterior.

A previsão de que a intervenção estatal na economia deve ocorrer mediante uma justificativa atrelada à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo não implica na adoção da subsidiariedade. A esse respeito, cumpre notar:

Na realidade, a Constituição de 1988 não incorporou, explícita ou implicitamente, o chamado princípio da subsidiariedade. O texto constitucional abriga, inclusive, inúmeros princípios ideologicamente contrapostos ao credo liberal. Por mais que alguns autores desejem, a ordem econômica constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas e cooperativistas, entre outros. A ideologia e o juízo político contrários ao intervencionismo ou ao Estado não podem ser transformados em uma imposição constitucional simplesmente pela vontade de seus defensores. O Estado não só pode como deve atuar na esfera econômica e social, legitimado por toda uma série de dispositivos constitucionais (BERCOVICI, 2015).

As mesmas reflexões são trazidas na análise de Emerson Gabardo, para quem a ordem econômica encontrada na Constituição de 1988 não consagrou a subsidiariedade como princípio, apesar de alguns autores identificarem, implicitamente, a sua previsão constitucional:

Fazendo um aparte à questão conceitual, que certamente poderia recair em vários outros desdobramentos, o importante para fins de identificação dos limites interventivos do Estado é saber se as exceções constitucionais do artigo 173 têm como fundamento a subsidiariedade. Concorde-se com José Afonso da Silva quando afirma preempitoriamente que não. (...)

Como os pré-requisitos estabelecidos foram o de relevante interesse coletivo e segurança nacional, então o critério adotado foi político. E em assim sendo, a decisão a respeito da intervenção é estabelecida livremente, dentro da discricionariedade decorrente do princípio democrático da representação popular. Parece claro que se os representantes eleitos para deliberarem sobre o preenchimento dos requisitos do artigo 173 assim o fizerem apenas entendendo que tal ou qual atividade econômica é conveniente ou oportuna ao atendimento do interesse público, legitimada está a decisão (desde que não contrarie algum outro comando constitucional, por óbvio). O “relevante interesse coletivo” fruto da deliberação pode ter decorrido de uma consideração de insuficiência da atividade privada em determinada situação concreta, porém este não é, em hipótese alguma, um pré-requisito obrigatório a fundamentar a escolha pública realizada. No caso de segurança nacional, muito mais radicalmente ainda incidirá esta conclusão (GABARDO, 2009, p. 214).

Com efeito, não havendo na Constituição nenhum dispositivo para estabelecer que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse da iniciativa privada, não há como sustentar que o princípio da subsidiariedade se compatibiliza com a ordem constitucional vigente, apesar de haver também abalizadas doutrinas que dão interpretação diversa, a exemplo de

Floriano Marques Neto (2003), José Vicente Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto (2007).

Há, porém, uma questão fundamental, para a qual não está sendo dada suficiente atenção nos debates que cercam a PEC da Reforma Administrativa. Para os defensores da ideia de que o princípio da subsidiariedade já está positivado no artigo 173 da Constituição, tal argumento implica em uma “atuação subsidiária do Estado na esfera econômica”. Entretanto, e este talvez seja o ponto fulcral de toda a reforma: a PEC 32/2020 vai muito além, a fim de estabelecer uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária”.

1.2 IMPLICAÇÕES DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A pretensa tentativa de positivação do princípio da subsidiariedade no *caput* do artigo 37 da Constituição não corresponde somente à ideia de estipular a preponderância do setor privado na ordem econômica. Pretende-se instituir uma minimização do aparato estatal, ou seja, uma diminuição do Estado em si. Propugna-se pela adoção de um Estado mínimo, débil e esvaziado de suas funções, o qual deixa de ter um papel ativo em tarefas de transformação social, enquanto a iniciativa privada passa a ser protagonista na prestação dos serviços públicos – inclusive dos serviços essenciais.

Destarte, a subsidiariedade, tal como consta na PEC 32/2020, não vem estabelecer uma primazia da iniciativa privada na ordem econômica, mas sim instituir uma Administração Pública que só atua quando não for suficiente a atuação do setor privado, não somente na atividade econômica, mas até mesmo na prestação de serviços públicos essenciais, como saúde, educação e segurança. Trata-se da “Administração Pública dos Cupons (*vouchers*)” (BERCOVICI, 2020).

Segundo expõem Caroline Müller Bitencourt e Emerson Gabardo (2021, p. 32), de tempos em tempos, a subsidiariedade aparece como solução instantânea para os problemas da sociedade, “diante de um cenário de crise política, econômica e social em que vive o Brasil atualmente, eis que reaparecem os defensores da subsidiariedade”.

O artigo 37 da Constituição Federal elenca os princípios basilares à Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo este último sido positivado pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Estes princípios representam a base norteadora, que confere unidade e coerência ao direito administrativo. Portanto, a inclusão de novos princípios neste rol impacta diretamente nas bases em que está constituída a Administração Pública Brasileira.

A inclusão do princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 traz consigo a ideia de instituição de uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária”. O que se busca é afastar o protagonismo do Estado de bem-estar social, o qual passa a atuar apenas de forma residual. A atuação do Estado apenas se dará quando o setor privado não tiver interesse ou suficiência.

A inclusão do princípio da subsidiariedade representa a imposição de uma pauta minimalista ao Estado. A gestão das demandas sociais se daria preferencialmente pelo setor privado, em um programa de cupons (*vouchers*), tal como preconizado pelo economista Milton Friedman. Em vez

de gastar com caras instalações e servidores públicos para oferecimento dos serviços essenciais à população, o Estado cria um programa de cupons para que os interessados recebam a prestação desejada por meio do setor privado. Em outras palavras, a Administração Pública fica reduzida à gestão de cupons para os necessitados (BERCOVICI, 2020).

Ocorre que esta proposta é inteiramente incompatível com a Constituição de 1988. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 fez a opção política pelo modelo de um “Estado Social e Democrático de Direito”. A PEC 32/2020 almeja incluir o princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 da Constituição Federal a fim de instituir um Estado mínimo e esvaziado de suas funções. Em oposição ao texto original da Constituição, que optou por um Estado Social com protagonismo na garantia dos serviços públicos, a proposta de emenda constitucional abraça o modelo de um Estado mínimo.

Contudo, um Estado minimalista será incapaz de garantir a devida proteção dos seus cidadãos e lidar com o aumento das desigualdades sociais, exclusão social, precarização das condições de trabalho, proteção do direito das minorias, proteção do meio ambiente etc. A subsidiariedade não contribuirá, em absoluto, no enfrentamento dos graves problemas sociais, políticos e econômicos do país.

Com efeito, o esvaziamento do papel do Estado não irá conduzir rumo a um projeto de realização da democracia material. A presença do Estado é indispensável para cumprir os compromissos constitucionais assumidos em 1988, sobretudo para assegurar a concretização da justiça social e desenvolvimento nacional. É preciso perceber que a orientação favorável à adoção do princípio da subsidiariedade é acompanhada do discurso ideológico de um Estado caro, moroso, ruim e ineficiente.

A produção deste discurso é erigida sob uma imagem de subestimação do setor público, em que o Estado é visto como um verdadeiro estorvo. Todavia, esse discurso de desmoralização do Estado corresponde a uma narrativa falaciosa que merece – de modo premente – ser desconstruída.

2 DESCONSTRUINDO A NARRATIVA POR TRÁS DA PEC 32/2020: O PAPEL ATIVO E EMPREENDEDOR DO ESTADO

Em sua obra “O Estado Empreendedor”, a pesquisadora Mariana Mazzucato colocou em xeque a ideia de que o Estado é desajeitado, burocrático e inábil. O livro é resultado de um relatório apresentado para a DEMOS, instituto de pesquisa do Reino Unido, a respeito do “Estado Empreendedor”. Em síntese, a autora procurou desfazer a imagem falsa de que o setor privado é uma força inovadora, enquanto o Estado é uma força paralisante.

Mazzucato (2014, p. 30) pretendeu desconstruir a imagem vendida pela mídia “de um setor empresarial que ruga e um setor estatal burocrático que ronrona”. Assim, pretendeu resgatar a importância do papel ativo e arrojado do Estado. O argumento central na obra de Mariana Mazzucato demonstra que o Estado pode ser um agente ativo, empreendedor, que assume investimentos

de risco em áreas onde o setor privado se mostra avesso a arriscar.

Segundo a pesquisadora, o Estado tem um papel inovador e dinâmico que precisa ser reconhecido, uma vez que ele está na origem de investimentos empreendedores corajosos, na medida em que assume riscos que as empresas não estão dispostas a assumir, seja pelo alto nível de incerteza da inovação, seja porque o setor privado está focado apenas no curto prazo.

A autora enfatiza o fato de que este papel visionário e corajoso do Estado tem sido ignorado, enquanto o discurso da mídia mostra “a dicotomia entre um setor privado dinâmico, inovador, competitivo e revolucionário e um setor público preguiçoso, burocrático, inerte e intrometido” (MAZZUCATO, 2014, p. 42). Percebe-se que muitas tecnologias radicais nos mais diferentes setores tiveram origem a partir do financiamento estatal. O investimento governamental de grande escala e longo prazo foi o motor por trás de muitas tecnologias, tais como a internet, nanotecnologia, *iphone*, energia nuclear (MAZZUCATO, 2014, p. 36).

O Estado figura na maior parte das vezes como grande e primeiro investidor. Há, portanto, esforço coletivo na fase inicial dos projetos, mas com bônus voltados em sua maior parte para o setor privado, ou seja, neste processo o Estado não é um intruso ou um mero facilitador, mas ele é, em realidade, um parceiro muito mais ousado e disposto a assumir risco do que o setor privado, sendo que enquanto há, em grande parte das parcerias, uma “socialização” dos riscos da inovação, muitos dos “benefícios” são, no final das contas, privatizados, sem que seja estabelecida uma política de funcionalização do ecossistema de inovação.

Mazzucato desmascara o mito de que grandes inovações provêm apenas de um mercado que se “auto-inova” de forma dinâmica, como se os grandes saltos revolucionários tecnológicos tivessem origem em *start-ups*, gênios de fundos de quintal e de uma injeção de capital de risco proveniente da iniciativa privada, sendo que, em realidade:

a maioria das inovações radicais, revolucionárias, que alimentaram a dinâmica do capitalismo – das ferrovias à internet, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas – aponta para o Estado na origem dos investimentos ‘empreendedores’ mais corajosos, incipientes e de capital intensivo (MAZZUCATO, 2014, p. 26).

Evidente que a ousada abordagem de Mazzucato sofreu críticas, a exemplo daquelas dos artigos publicados na *Revista Austríaca de Economia*, como o artigo de Karlson, Sandström e Wennberg (2021, p. 81-95), o escrito de Lucia Pradella, da revista *Competition & Change* (2017, p. 61-69), e também a abordagem de Alberto Mingardi (2015, p. 603) em publicação do *think tank* liberal americano com sede em Washington, D.C, Instituto Cato.

Trata-se de concepção que suscita reações sobretudo daqueles que são contrários à maior intervenção estatal. Contudo, o mito ou inverdade é bastante injusto (NOHARA; PONÇONI, 2020, p. 172), à medida que é exatamente o contrário do que é propagado o que ocorre, ou seja, em vez de o Estado ser esse parasita disfuncional, isto é, um estorvo burocrático e lento que em nada contribuiria para inovação, sendo um obstáculo à dinamicidade do mercado, na realidade, o que ocorre é exatamente o contrário: os grandes saltos e revoluções de inovação vieram de pesquisas

fomentadas a longo prazo pelo Estado, sendo ele o único que efetivamente tem cacife de investir e de bancar os riscos grandes que derivam da escolha pela inovação.

Infelizmente esse tipo de raciocínio distorcido, que parte de um pressuposto equivocado, supondo que o Estado, na inovação, mais atrapalha do que ajuda, legitima a retirada arbitrária do Estado, principalmente alavancada por argumentos de ajuste fiscal ortodoxo, provocando então o seu sucateamento, a venda da infraestrutura estatal, a tentativa de mudança do regime das carreiras públicas, como se esse movimento fosse gerar mais dinamicidade e inovação à economia.

Neste cenário, mostra-se premente resgatar a reflexão acerca do papel visionário e inovador do Estado na economia, sobretudo ao notar que em muitas regiões do mundo tem havido uma retirada massiva do Estado:

Vivemos em uma era em que o Estado está sendo podado. Os serviços públicos estão sendo terceirizados, os orçamentos estatais cortados e o medo, em vez da coragem, está determinando muitas estratégias nacionais. Boa parte dessa mudança está sendo feita em nome de mercados mais competitivos, mais dinâmicos. Este livro é um convite aberto para mudarmos a forma como falamos do Estado, de seu papel na economia, e as imagens e ideias que usamos para descrever esse papel. Só então poderemos começar a construir o tipo de sociedade em que queremos viver e queremos que nossos filhos vivam – de uma forma que afaste os falsos mitos a respeito do Estado e reconheça como ele pode, quando imbuído de uma missão e organizado de forma dinâmica, resolver problemas tão complexos quanto o de colocar o homem na Lua e da mudança do clima. E precisamos de coragem para insistir – através de uma visão, mas também de instrumentos políticos específicos – para que o crescimento resultante dos investimentos subjacentes seja não apenas “inteligente” mas também “inclusivo” (MAZZUCATO, 2014, p. 263).

A grave situação causada no cenário mundial pela pandemia decorrente do Covid-19 reforça os argumentos em prol da importância da atuação do Estado. Com efeito, nos momentos de crise econômica e financeira cresce ainda mais a importância da atividade interventiva do Estado, pois só ele pode articular políticas econômicas e medidas aptas em períodos anticíclicos.

A pandemia escancarou a necessidade de o setor público assumir a dianteira para lidar com crises sanitárias e econômicas em nível mundial. Dificilmente seria possível caminhar rumo à superação da pandemia sem a presença do Estado. Ademais, a vacina só pode ser produzida e testada com maior rapidez nas localidades onde já havia investimentos públicos sobretudo na manutenção das pesquisas que foram sendo adaptadas, já em ombros de grandiosos que faziam pesquisa de longo prazo, às demandas específicas do coronavírus enfrentado.

Mediante todo o exposto, decorre logicamente a conclusão de que o princípio da subsidiariedade representa um forte retrocesso, ainda mais em realidades de países “em desenvolvimento”, os quais possuem um fosso de demandas sociais a serem atendidas. Além de representar um grande retrocesso, a proposta da subsidiariedade colide frontalmente com os compromissos constitucionais assumidos em 1988.

3 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 32/2020

3.1 A VIOLAÇÃO AO SISTEMA ESSENCIAL DE VALORES DA CONSTITUIÇÃO ENQUANTO LIMITE DE ATUAÇÃO AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Enquanto o poder constituinte originário inaugura uma nova ordem jurídica, o poder constituinte derivado corresponde à possibilidade de promover reformas no texto constitucional, por meio de um procedimento específico.

Se o poder constituinte originário não sofre limitações da ordem jurídica pré-existente, não se pode afirmar o mesmo raciocínio quanto ao poder constituinte derivado. De fato, o poder de reforma constitucional está sujeito a limitações de ordens e naturezas diversas:

Em síntese: o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costumam ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais (BARROSO, 2015, p. 183).

A doutrina constitucional brasileira reconhece a existência de limites ao poder de reforma constitucional, classificando em limites temporais, circunstanciais, materiais e formais. A existência de limitações ao poder de reforma constitucional liga-se diretamente à ideia de que a continuidade e a identidade da Constituição deverão ser preservadas.

As limitações temporais impedem que ocorra reforma constitucional em um determinado período de tempo, a fim de que o seu projeto político possa se consolidar. Consiste na previsão de um prazo durante o qual fica vedada qualquer alteração da Constituição. Um exemplo é o artigo 174 da Constituição Política do Império, que permitia a reforma constitucional somente após o período de quatro anos de sua vigência.

As limitações circunstanciais impedem que a reforma ocorra em períodos de exceção institucional, tais como na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio. Nestas circunstâncias, o Constituinte veda a alteração do texto original, em razão da gravidade e anormalidade institucionais.

As limitações formais ou procedimentais se referem ao processo de aprovação das emendas constitucionais. A Constituição estabelece condições que deverão ser cumpridas, para que uma proposta de emenda seja discutida, analisada e aprovada.

As limitações materiais revelam a preocupação do legislador com um núcleo intangível do texto constitucional, consubstanciado nas chamadas cláusulas pétreas. Assim, são vedadas propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e

periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, conforme previstos no art. 60, § 4º, da Constituição.

Em linhas gerais, em que pesem algumas divergências nas classificações propostas pelos autores, esta é a base na qual se assenta a doutrina brasileira quanto às limitações ao poder de reforma constitucional. Diante disso, surge uma dúvida de decorrência lógica: seria então possível afirmar que qualquer proposta de emenda constitucional será necessariamente constitucional, desde que não desrespeite os limites mencionados?

Em outros termos, o rol de limites ao poder de reforma apresentados pela doutrina tem caráter exaustivo? Ou será possível admitir que uma emenda é inconstitucional, mesmo quando respeita as quatro categorias de “limites à reforma”, mas esbarra em decisões políticas fundamentais que descaracterizam a Constituição?

Parte da doutrina constitucionalista brasileira argumenta no sentido de que os limites apresentados não se esgotariam nas quatro categorias acima elencadas. Segundo esta parcela significativa da doutrina, o rol de limites ao poder de reforma não seria exaustivo, sendo preciso também reconhecer a impossibilidade de reformas que violem o sistema essencial de valores da Constituição.

Paulo Bonavides classifica as limitações ao poder de reforma em limitações expressas (incluindo as limitações temporais, circunstanciais e materiais) e limitações tácitas. Estas seriam as limitações que se referem à extensão da reforma e à modificação do próprio processo de revisão. Contudo, mesmo além destes limites enunciados, o autor entende que há outros:

O poder de emenda não se acha tolhido apenas por esses limites que acabamos de enunciar. Há outros não menos importantes e de igual eficácia que decorrem da natureza das instituições e são invioláveis; feri-los importaria suprimir a razão de ser da ordem constitucional e quebrantar o espírito da nossa forma de Estado de Direito abraçado à ideologia das liberdades democráticas (BONAVIDES, 2004a, p. 209).

Destarte, na visão do autor, há outros valores constitucionais petrificados com a cláusula de intangibilidade, tal como seria o caso do pluripartidarismo ou da soberania nacional (BONAVIDES, 2004a, p. 209).

Embora não constem no rol das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, configuram limites ao Poder Derivado, pois representam a “razão de ser da ordem constitucional” ou “o espírito do Estado de Direito”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Alexandre de Moraes reconhece a importância de não se permitir que uma mudança “na” Constituição se converta em uma mudança “da” Constituição. O autor esclarece que existem vedações expressas e implícitas ao poder constituinte originário, pois somente este é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Neste aspecto, as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias, pois devem estar em harmonia com o corpo do documento. A possibilidade de reforma do texto constitucional

não implica na supressão e substituição das decisões políticas fundamentais. Segundo o autor, “a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário” (MORAES, 2005, p. 588).

Portanto, ainda que sejam alteradas diversas disposições constitucionais, é preciso manter substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição. Logo, não é possível admitir uma reforma constitucional que revogue princípios básicos do texto original e abale os alicerces do sistema constitucional vigente.

Ainda neste mesmo sentido, Manoel Jorge e Silva Neto (2004, p. 27) identifica que os limites à reforma não são taxativos ou absolutos:

Efetivamente, não é razoável acreditar que os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, incisos I a V), bem assim os seus objetivos primaciais (art. 3º incisos I a IV), possam vir a ser modificados pelo constituinte derivado, já que, idealmente, o constituinte originário determinou a persecução e concreção de tais finalidades como a razão ontológica da unidade estatal brasileira, necessário, portanto, o recurso à interpretação sistemática do texto constitucional para avistar o seu conteúdo imodificável não incluído nas cláusulas expressas de intocabilidade.

Nesta visão, propõe-se que o conteúdo imodificável da Constituição seja compreendido com base em uma interpretação sistemática do seu texto – consequentemente, não se limitando às cláusulas pétreas do artigo 60 § 4º. Deste modo, é crucial reconhecer que a possibilidade de emendas constitucionais não concede uma autorização irrestrita para que a própria identidade e a essência da Constituição Federal sejam livremente alteradas.

Na hipótese de alterações constitucionais, o sistema originário da Constituição deverá ser mantido. Afinal, “uma reforma constitucional não é o meio propício para fazer revoluções constitucionais” (MORAES, 2005, p. 588).

Com efeito, a realização de uma reforma na Constituição vigente em um Estado não autoriza que se proceda a uma completa descaracterização do texto constitucional. Reformar consiste em “dar melhor forma a algo”. Assim, reformas pontuais podem ser admitidas para “dar uma melhor forma” ao programa constitucional originário. Através de alterações pontuais, permite-se uma adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais. Porém, estas reformas somente poderão recair sobre disposições particulares e não poderão transformar o espírito da Constituição.

O poder reformador, pela sua própria natureza, está autorizado a “reformular” e não a “substituir” a Constituição. Há uma restrição a propostas de emendas constitucionais que atentem contra as decisões fundamentais do Poder Constituinte Originário.

Ainda que se reconheça que uma emenda constitucional não transponha os limites consagrados pela doutrina, pois não viola limite temporal, nem circunstancial, nem formal ou material, a sua inconstitucionalidade deverá ser reconhecida se constatado que atenta contra a

essência e o espírito da Constituição, como é o caso da PEC 32/2020.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PELA PEC 32/2020

A Constituição Federal de 1988 realizou a opção política pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que atribuiu distintos papéis ao Estado, tais como o papel de prestador de serviços públicos, regulador da atividade da iniciativa privada, fomentador de atividades. Enquanto o Estado liberal era essencialmente abstencionista¹ e o Estado Social é essencialmente intervencionista, o Estado Social e Democrático de Direito busca aliar as funções do Estado Social com a visão de uma democracia substancial.

A Assembleia Nacional Constituinte positivou no ordenamento jurídico brasileiro este modelo de Estado Social e Democrático de Direito, voltado para a melhoria das condições sociais de vida dos cidadãos. Todavia, há ainda opositores deste modelo, os quais propugnam reduzir o papel do Estado, retirando o seu papel crucial de agente formulador de políticas públicas e impulsionador do crescimento econômico.

É nesse contexto que surge a Proposta de Emenda à Constituição 32/2020 com a inclusão do “princípio da subsidiariedade” e a ideia temerária de alterar radicalmente o papel do Estado tal como definido no programa originário da Constituição Federal.

Porém, cumpre reconhecer que, em seu programa originário, o texto constitucional não estabeleceu um Estado minimalista ou subsidiário. Pelo contrário, o Constituinte fez a opção política por um Estado garantidor de bem-estar aos cidadãos, agente de promoção social e protagonista do desenvolvimento nacional.

Neste âmbito, é preciso destacar que a compreensão da noção de “desenvolvimento” perpassa necessariamente pelo cumprimento de objetivos sociais. Afinal, o desenvolvimento não consiste apenas em modernização e inovação, mas passa pela redução de desigualdades, diminuindo-se as pessoas alijadas do sistema. Se o crescimento econômico não produzir incremento social, não haverá possibilidade de desenvolvimento em um país.

A inclusão do desenvolvimento na Constituição Federal tem implicações quando se tem por objetivo a análise das possibilidades de intervenção do Estado na sociedade atual. Principalmente ao versar sobre a formulação e efetivação das políticas públicas, em busca de promover de maneira efetiva os direitos sociais e o desenvolvimento, como integrante dos direitos fundamentais. O desenvolvimento se realiza pela ação conjunta de fatores responsáveis por transformar as formas de produção e pela procura condicionada pelas forças sociais (FURTADO, 2000, p. 106).

Segundo enfatiza Gilberto Bercovici (2005, p. 53), quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de

1 Conforme enfatiza Paulo Bonavides, no liberalismo, o valor da liberdade, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. p. 60.

desenvolvimento, mas da simples modernização. Modernização pode manter o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda, com a assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada, sem contribuir para a melhoria das condições de vida da maioria da população.

Apresença do Estado afigura-se essencial a fim de promover a diminuição das desigualdades sociais e alcançar o almejado desenvolvimento nacional. Na medida em que pretende retirar do Estado o seu importante e fundamental papel, a PEC 32/2020 está na contramão do programa originário do texto constitucional. A proposta de emenda colide frontalmente, portanto, com o espírito da Constituição, lesando o papel que o Poder Constituinte Originário atribuiu ao Estado Brasileiro.

A PEC 32/2020 pretende estabelecer um Estado mínimo, somente subsidiário, em que a gestão das demandas sociais se daria apenas pelo setor privado ou pelas forças da iniciativa privada ou da sociedade organizada. Com isto, pretende-se afastar o protagonismo estatal e a capacidade do Estado de impor decisões para o bem-estar dos cidadãos. Portanto, a positivação do princípio da subsidiariedade não se harmoniza, em absoluto, com os objetivos constitucionais almejados.

O princípio da subsidiariedade e o pretendido esvaziamento do papel do Estado colidem frontalmente com os compromissos constitucionais assumidos em 1988. O modelo de Estado de bem-estar social foi fruto da opção política e jurídica da Assembleia Constituinte de 1988. Este modelo corresponde a uma decisão fundamental, portanto não passível de modificação pelo Poder Reformador. Uma vez que atenta contra a própria essência da Constituição Federal de 1988, é imperativo reconhecer a inconstitucionalidade da referida proposta de emenda constitucional.

CONCLUSÃO

A PEC 32/2020, ao propor a inclusão do princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 da Constituição Federal, pretende retirar o papel do Estado enquanto agente de promoção social, formulador de políticas públicas e impulsionador do crescimento econômico.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 fez a opção política pelo modelo de um “Estado Social e Democrático de Direito”, com o qual o princípio da subsidiariedade definitivamente não se coaduna. Em que pese o discurso em favor da adoção do princípio da subsidiariedade, não se deve perder de vista que o Poder Público tem uma indispensável função enquanto protagonista do desenvolvimento.

Hoje, mais do que nunca, é fundamental promover o resgate deste protagonismo do Estado, tal como almejado pelo texto constitucional. A doutrina constitucional brasileira aponta alguns limites ao poder de reforma constitucional: limites temporais, circunstanciais, formais e materiais. Como decorrência lógica, qualquer emenda poderia ser considerada constitucional se não desrespeitasse estes limites.

Porém, parte da doutrina, conforme visto, questiona o caráter exaustivo deste rol de

limites ao poder de reforma, entendendo que não se deve admitir reformas constitucionais que violem o sistema essencial de valores da Constituição. As reformas constitucionais não podem atentar contra a identidade e essência do programa constitucional originário.

Conclui-se, portanto, que a proposta de emenda constitucional 32/2020, ao relegar o Estado a um plano subsidiário, esbarra nas limitações existentes ao poder de reforma constitucional, devendo ser reconhecida a sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A administração pública dos cupons. **Consultor Jurídico**, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em 7 set 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Consultor Jurídico**, 8 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em 10 jan.2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do estado social: um brainstorm sobre governo e a administração no Brasil atual. In SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.); NOHARA, Irene Patrícia; SALGADO, Rodrigo Oliveira (org.). **Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004b.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 32 de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em 10 jan. 2021.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

KARLSON, Nils; SANDSTRÖM, Christian; WENNERBERG, Karl. Bureaucrats or market in innovation policy? – a critique of the entrepreneurial state. **The Review of Austrian Economics**, 34, p. 81-95, 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./-mar., 2003.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MINGARDI, Alberto. A critique of Mazzucato's entrepreneurial state. **Cato Journal**, Washington, v. 35, n. 3, p. 603-625, fall 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NOHARA, Irene. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Atlas, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia; PONÇONI, Maykel. Estado, inovação e desenvolvimento: instrumentos do Direito Administrativo nas Transformações do Capitalismo. *In*: CRISTÓVAM, José Sergio da Silva; NIEBUHR, Pedro; SOUSA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em perspectiva**: diálogos interdisciplinares. Florianópolis: Habitus, 2020.

PRADELLA, Lucia. The entrepreneurial state by Mariana Mazzucato: a critical engagement. **Competition & Change**, London, v. 21, n. 1, p. 61-96, January, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2004.

Como citar: FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da posituação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela pec 32/2020. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 1, p. 230-246, abr. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n1p. 230. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 14/09/2021

Aprovado em: 24/03/2022

RESENHAS | REVIEWS

LIÇÕES PRELIMINARES DO DIREITO

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60-61.

Luciano do Nascimento Costa¹

A presente resenha tem por finalidade apresentar o surgimento e a positivação no ordenamento jurídico dos títulos de crédito que decorreram do desenvolvimento das relações comerciais que se tornaram mais complexas, necessitando da criação de novos instrumentos que pudessem disciplinar as transações comerciais entre as pessoas.

Se analisar minuciosamente o desenvolvimento das trocas comerciais da antiguidade até os dias atuais, com a conseqüente criação dos títulos de crédito e sua regulação normativa, se perceberá que a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, no qual o Direito seria fato, valor e norma poderá explicar o surgimento e a positivação no ordenamento jurídico dos títulos de crédito.

Senão vejamos:

Na antiguidade, em que as relações eram simples, nas quais as trocas entre mercadorias se davam através do escambo e o cumprimento das obrigações eram de forma imediata, a sociedade não necessitava da criação dos títulos de crédito, pois os mesmos eram desnecessários para o valor social vigente naquela época. Não havia a presença dos três elementos: fato, valor e norma.

Com o desenvolvimento da sociedade e a intensificação das transações comerciais, o simples escambo não estava satisfazendo aos anseios da sociedade. Na Idade Média, em decorrência da realização de uma maior troca comercial entre comerciantes nômades, que ficavam se deslocando de um local para outro, não podendo receber o pagamento pelas trocas comerciais no mesmo momento e no mesmo local, se tornou necessária a criação de um documento que pudesse representar o crédito que determinada pessoa possuía para que ela pudesse posteriormente receber o seu pagamento. Esse documento foi intitulado título de crédito.

Assim, se percebe que, com a intensificação do comércio, não abrangendo somente pequenos núcleos populacionais, mas se expandindo por diferentes cidades, vilas, países, se tornou necessária a criação dos títulos de crédito. Isso se deu em decorrência de uma necessidade social.

Com isso, se chega à conclusão de que não se pode conceder o Direito apenas como norma positivada, em total dissonância com os valores culturais presentes na sociedade. O Direito reflete

¹ Advogado formado no Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA (2017), e no Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia- UFBA (2014). Aprovado nas Especializações Gestão de Projetos, pela Universidade Estadual de São Paulo- USP, pela ESAQ e na Especialização em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais-PUC-MG. Integrante permanente do Grupo de Pesquisa, Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia. Coordenador de Informações Fiscais da Prefeitura Municipal de Camaçari e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador-BA, 2019. E-mail: lucianocostasefaz@gmail.com

a realidade histórico-cultural de uma dada sociedade, disciplinando-a e regulando-a. Assim, caso se transforme os valores culturais vigentes, em razão de fatores sociais, econômicos, políticos, etc., o Direito estará sujeito à transformações.

Não se pode dizer que o Direito é só fato, como defende os Marxistas, não é apenas valor como prega os defensores da Escola do Direito Natural Tomista, nem somente norma, como aduzia Hans Kelsen, mas sim, fato, valor e norma conjugados que formam o Direito, se aplicando uma visão tridimensional do mesmo.

Nas palavras de Miguel Reale (1994, p.122), em sua obra “Teoria Tridimensional do Direito”, defendendo que o direito é fruto do culturalismo jurídico que reflete a realidade social:

O mundo jurídico é formado de contínuas “intenções de valor” que incidem sobre uma “base de fato”, refrangendo-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do poder. Ao meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. (...) Que é uma norma? Uma norma jurídica é a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória.

A aplicação fiel da Teoria Tridimensional do Direito se verifica, *in casu*, na criação e positivação dos títulos de crédito. Nesse contexto, direito é criado a partir da forma como se resolve o caso concreto, ou seja, condutas reiteradas da sociedade mostram o que é socialmente aceitável e o que deve ser culturalmente reprovado, criando-se normas a partir dos valores que a sociedade utiliza para solucionar o caso concreto.

Assim, com o desenvolvimento do comércio, as relações de troca tornaram-se mais complexas, surgindo assim à necessidade de se criar formas alternativas para a circulação de mercadorias.

Outrossim, os títulos de crédito são um bom exemplo da teoria do direito cultural defendida por Reale, na medida em que demonstram que o valor (crédito) atribuído a uma necessidade/fato (circulação de riquezas e mercadorias) foi positivado, criando-se assim uma norma (Art. 887 e seguintes do Código Civil).

Reale defende que o homem é porque vale, não porque existe. Neste sentido, as propostas comerciais daqueles que utilizam os títulos de crédito só serão socialmente aceitas se seus proponentes horarem com a obrigação assumida.

Na obra: Lições Preliminares do Direito, Miguel Reale (2012, p. 61), cita a letra de cambio como um exemplo do tridimensionalismo jurídico. Vejamos:

[...] a norma de direito cambial representa uma disposição legal que se baseia num **fato de ordem econômica** (o fato de, na época moderna, as necessidades do comércio terem exigido formas adequadas de relação) e que **visa a assegurar um valor**, o valor do crédito, a vantagem de um pronto pagamento **com base no que**

é formalmente declarado na letra de câmbio.

Como se vê, um fato econômico liga-se a um valor de garantia para se expressar através de uma norma legal que atende às relações que devem existir entre aqueles dois elementos.

Pois bem, se estudarmos a história da letra de câmbio, que, numa explicação elementar e sumária, surgiu como um documento mediante o qual Fulano ordenava a Beltrano que pagasse a Sicrano determinada importância, à vista da apresentação do título; se estudarmos a evolução dessa notável criação do Direito mercantil, verificamos que ela veio sofrendo alterações através dos tempos, quer em virtude de mudanças operadas no plano dos fatos (alterações nos meios de comunicação e informação, do sistema de crédito ou organização bancária), quer devido à alteração nos valores ou fins econômico-utilitários do crédito e da circulação garantida da riqueza, até se converter num título de crédito de natureza autônoma, literal, abstrata e exequível.

Desse modo, fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação. (Grifos postos).

Assim, conforme o tridimensionalismo jurídico, no qual direito é a interação recíproca de fatos, valores e normas, os fatos econômicos (comércio) visando garantir o valor (crédito) criaram a necessidade de uma norma que foi se aperfeiçoando através do tempo, posto que o direito não é, vai sendo, surgindo assim os títulos de crédito como conhecemos hoje.

RESENHAS | REVIEWS

A FAMÍLIA ATUAL E AS ESPÉCIES DE FILIAÇÃO: DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE

PAIANO, Daniela Braga. *A Família Atual e as Espécies de Filiação: Da possibilidade jurídica da multiparentalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Ana Luiza Mendes Mendonça¹

A *Família Atual e as Espécies de Filiação*, escrito por Daniela Braga Paiano, trata-se do resultado de sua pesquisa de doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e aborda como a família atual se apresenta, as mudanças enfrentadas no decorrer do tempo, em especial no tocante ao tema central da obra, “Filiação” e a possibilidade da multiparentalidade.

A autora dividiu a obra em quatro capítulos, sendo o primeiro a contextualização do direito de família, tratando do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar bem como dos princípios protetivos do Direito de Família, trazendo à baila sua relevância, principalmente como elemento integrador no Direito de Família. Nesse sentido, Daniela Paiano sustenta que esses princípios protetivos são vetores de orientação para aplicação da lei, no caso concreto e, assim, “possuem uma carga valorativa que direciona o operador do direito a avançar na interpretação, acomodando os diversos modelos familiares, protegendo-os quando da necessidade de solução de problemas.” (PAIANO, 2017, p. 31).

Já em seu segundo capítulo, a autora aborda as relações de parentesco e a filiação, propriamente dita, trazendo a discussão sobre os tipos de filiação – biológica e socioafetiva – bem como acerca da filiação advinda das técnicas de reprodução assistida e o conflito existente entre as espécies de filiação e o direito de se conhecer a origem genética, sustentando, nesse caso, que não é possível afirmar precisamente qual verdade deve prevalecer, mas que depende da situação em concreto a ser analisada, a fim de analisar as peculiaridades do caso.

Dando prosseguimento, Daniela Paiano escreve sobre as formas de reconhecimento e de desconstituição de filiação no terceiro capítulo da obra. Destaca-se que a autora realiza um estudo jurisprudencial, com destaque para o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e com a ressalva da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) RE 363889, sobre a relativização da coisa julgada nas demandas de investigação de paternidade, devendo prevalecer o direito à busca da identidade genética.

Assim, a autora conclui que “[...] existem diversas ações que visam proteger o filho a fim de que lhe possa ser dado um pai [...]. Da mesma forma, se a filiação foi estabelecida com base em um erro ou falsidade, também se admite a proteção do pai enganado para desfazer tal vínculo.”

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora e bolsista CAPES. Advogada. E-mail: analuiza.mendonca20@gmail.com

(PAIANO, 2017, p. 151).

Para encerramento da obra, a autora escreve sobre o conceito da multiparentalidade e a possibilidade jurídica do reconhecimento, trazendo casos de multipaternidade e multimaternidade, análise jurisprudencial nos tribunais superiores, traz o papel do exercício do poder familiar para ensejar a multiparentalidade nas famílias recompostas e finaliza com seus efeitos jurídicos.

Percebe-se que a pesquisa da professora Daniela Paiano foi muito bem embasada, com obras de peso, tanto na doutrina pátria como estrangeira, bem como contou com análise de casos práticos e pesquisa jurisprudencial, mostrando o quão importante é a discussão do tema, bem como trouxe à tona a necessidade do reconhecimento da multiparentalidade.

Ora, a multiparentalidade é um fenômeno existente no plano fático. A autora demonstra, com sua pesquisa, além dessa realidade, a necessidade de seu reconhecimento a fim de assegurar direitos, em especial os direitos da criança e o do adolescente que possui o vínculo de multiparentalidade, seja com mais de um pai ou uma mãe (multipaternidade ou multimaternidade).

Como exemplo, pode-se pensar no caso de uma família recomposta, em que a madrasta possui a posição de mãe por socioafetividade com o enteado, mas tal relação não foi registrada, e a guarda da criança seja exclusiva da mãe, que acaba por interferir nessa relação, permitindo apenas que o pai e a mãe registrais exerçam o poder familiar perante a criança.

Com o reconhecimento dessa multiparentalidade, em razão do vínculo socioafetivo, a criança passa a contar com duas mães no registro, sendo que os três sujeitos são pai e mãe da criança, sem discriminação, exercendo o mesmo poder familiar, cuidado e proteção para com o filho.

Outro ponto debatido pela autora é a questão do interesse patrimonial existente no reconhecimento da multiparentalidade. Embora o reconhecimento da filiação tenha como uma de seus efeitos reconhecer, também, a qualidade de herdeiro desse filho, e que existam demandas de investigação de paternidade com o foco patrimonial, não se pode obstar o reconhecimento da multiparentalidade em razão da motivação, mas sim de reconhecer juridicamente a realidade fática vivida entre as partes.

Trata-se de uma leitura fluida e muito bem estruturada, escrita de forma didática para aqueles que acabaram de ingressar no mundo jurídico, mas também com um enorme arcabouço de conhecimento, tão importante para os profissionais que atuam na área e demais pesquisadores do tema.

Por fim, ressalta-se que, ao se reconhecer a multiparentalidade – já existente na realidade – está protegendo a criança e o adolescente inseridos na família, buscando seu melhor interesse, bem como está efetivando a função promocional da família – ou seja, desenvolver a pessoa inserida no fenômeno familiar.