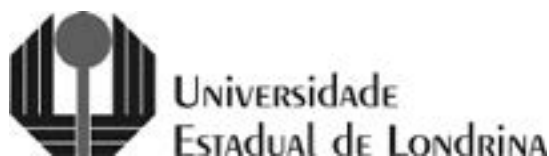




UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITORA
Prof.^a. Dr.^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Prof.^a Dr.^a Silvia M. Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a Dr.^a Mariana Ap. B. Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Cláudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos Daniel Veltrini Ticianelli

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior
Vice Coordenadora: Prof. Dra. Patrícia Ayub da Costa

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, 2023; .v3 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 18, n.3, set/dez. (2023).

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

DOUTORADO E MESTRADO EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 18, número 3, dez. 2023

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

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

EDITOR ASSOCIADO

Doutorando José Ricardo Suter

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

Adriana Campos Silva	Minas Gerais
Adriano da Silva Ribeiro	Minas Gerais
Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci	São Paulo
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos	Rio de Janeiro
Anderson Vichinkeski Teixeira	Rio Grande do Sul
Carla Marshall	Rio de Janeiro
Carlos Augusto de Assis	São Paulo
Clarice Beatriz Da Costa Sohngen	Rio Grande do Sul
Cleber Sanfelici Otero	São Paulo
Dirce Nazare de Andrade Ferreira	Espírito Santo
Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann	Rio de Janeiro
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Juliana Marteli Fais Feriato	Santa Catarina
Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro	Pará
Luiz Fernando Belinetti	Paraná
Luiza Landerdahl Christmann	Santa Catarina
Márcia Cristina Xavier de Souza	Rio de Janeiro
Oswaldo Ferreira de Carvalho	Goiás
Rene Erick Sampar	Santa Catarina
Rogério Montai de Lima	Rio de Janeiro
Rubens Beçak	São Paulo
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann	Rio Grande do Sul

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Ana Lúcia Maso Borba Navolar, Ana Luiza Mendes Mendonça, Beatriz Scherpinski Fernandes, Bruna Faria, Fernanda Shimomura Zuffa, Flávia Osmarin Tosti Menegon, Franciele Barbosa Santos, Guilherme Henrique Giacomino Silva, Isabela Nabas Schiavon, Lillian Zucolote de Oliveira, Lucas Rafael da Silva Delvechio, Mylena de Souza Santos, Murilo Meneguello Nicolau, Natali Silvana Zwaretch, Thiago Ridolfi Ferreira, Viviana Samara Yoko Matsui

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
STF E CONTROLE DE PREÇOS: O “TABELAMENTO DE FRETES RODOVIÁRIOS” ...10	
STF AND PRICE CONTROL: THE “TABULATION OF HIGHWAY FREIGHT”	
<i>Giovani Clark e Davi Augusto Santana de Lelis e Janaína de Alvarenga Silva Carvalho</i>	
PANDEMIA DE COVID-19 E ESCASSEZ DE VACINA: ANÁLISE ACERCA DO (DES) CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO BIOÉTICO DA JUSTIÇA NA AQUISIÇÃO PRIVADA DE VACINAS.....31	
COVID-19 PANDEMIC AND VACCINE SHORTAGE: ANALYSIS ABOUT THE (DIS) COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE BIOETHICAL PRINCIPLE OF JUSTICE IN THE PRIVATE ACQUISITION OF VACCINES	
<i>Luiza Landerdahl Christmann e Régis da Silva Ramos e Vanessa Feliciano Ebert</i>	
TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL.....54	
THEORY OF DIRECT HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR RECOGNITION IN BRAZIL ANALYSIS	
<i>Rafael José Nadim de Lazari e Ana Carolina Pazin Costa</i>	
VIRTUALIDADE, SOCIEDADE EM REDE E A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO NAS AÇÕES COLETIVAS68	
NETWORK SOCIETY AND THE POSSIBILITY OF PARTICIPATING CONSTRUCTION OF MERIT IN COLLECTIVE ACTIONS	
<i>Fabício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti</i>	
DEMOCRACIA EXCLUDENTE: PARTICIPAÇÃO, DIREITOS SOCIAIS, CONTROLE SOCIAL E CIDADANIA COMO REPRESENTAÇÕES PERDIDAS91	
EXCLUSIVE DEMOCRACY: PARTICIPATION, SOCIAL RIGHTS, SOCIAL CONTROL AND CITIZENSHIP AS LOST REPRESENTATIONS	
<i>Jairo de Carvalho Guimarães</i>	
“FAKE NEWS”, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: PERSPECTIVAS E ESTRATÉGIAS DE COMBATE À (DES)INFORMAÇÃO115	
“FAKE NEWS”, FREEDOM OF EXPRESSION INFORMATION AND DEMOCRACY: PERSPECTIVES AND STRATEGIES TO COMBAT (MIS)INFORMATION	
<i>Geziela Iensue</i>	
O TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO NA OMC E A PROMOÇÃO DE IGUALDADE CONCORRENCIAL NO COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL....137	
SPECIAL AND DIFFERENT TREATMENT IN THE WTO AND THE PROMOTION OF COMPETITIVE EQUALITY IN INTERNATIONAL AGRICULTURAL TRADE	
<i>Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi e Tania Lobo Muniz</i>	
IDENTIDADE E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL – UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....162	
IDENTITY AND GLOBAL CONSTITUTIONALISM – AN ANALYSIS OF THE TRANSNATIONALIZATION OF CONSTITUTIONAL IDENTITY IN BRAZIL	
<i>Mateus Trinta Bruzaca e Jayme Benvenuto Lima Junior</i>	

O VOTO OBRIGATÓRIO NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA.....	186
THE MANDATORY VOTE IN BRAZIL: CRITICAL AND COMPARATIVE ANALYSIS	
<i>Giovani Silva Corralo e Liliane de Oliveira Camargo</i>	
O MODELO REGULATÓRIO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	203
THE REGULATORY MODEL OF THE ELECTRIC ENERGY COMPENSATION SYSTEM	
<i>Gustavo Leopoldo da Luz e Luiz Alberto Blanchet</i>	
RETROCESSOS DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA PRETENDIDA PELA PEC 32/2020.....	219
SOME CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL 32/2020	
<i>Érika Capella Fernandes e Irene Patrícia Nohara</i>	
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NECESSÁRIA CONEXÃO.....	236
DEMOCRATIC STATE BASED IN THE RULE OF THE LAW AND CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION: A NECESSARY CONECTION	
<i>Rogério Gesta Leal e Chaiene Meira de Oliveira</i>	
RESENHAS.....	252
BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS - ASPECTOS JURÍDICOS	252
<i>Weslhey Santiago</i>	
DIREITO EM TELA: PARA ENGENHEIROS, MILITARES & AFINS.....	254
<i>Carlos Alberto Leite</i>	

Apresentamos a edição de dezembro de 2023 (v. 18, n. 3) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina, nossa última do ano.

De início, novamente ressaltamos o grande fluxo de submissões e de trabalhos que temos recebido recentemente, o que apenas ratifica o relevante papel que tem desempenhado nossa revista no mundo acadêmico e no âmbito da disseminação do conhecimento científico jurídico.

Quanto ao conteúdo dos artigos apresentados, a presente edição é formada por textos elaborados por autores de nosso estado, o Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao acesso à Justiça, Direito Constitucional em diferentes perspectivas, Direito Administrativo, Direitos Sociais, Democracia, Direito Internacional, inovações tecnológicas na seara jurídica, dentre outros.

No campo do Direito Constitucional, temos o artigo “*STF e controle de preços: o ‘tabelamento de fretes rodoviários’*”, que objetiva destacar a intervenção estatal por meio do preço mínimo (espécie), dentro dos contornos constitucionais, abordando o caso da “Tabela de Fretes” instituída após o movimento dos caminhoneiros, em maio do ano de 2018, que culminou na Medida Provisória nº 832/2018, convertida na Lei nº 13.703/2018.

Novamente nos meandros dos debates constitucionais, trazemos o artigo “*Identidade e constitucionalismo global – uma análise da transnacionalização da identidade constitucional no Brasil*”, que busca investigar a influência do discurso jurídico transnacional na delimitação de uma expressão identitária de matriz jurídico-constitucional.

Ainda na seara constitucional, trazendo as perspectivas das relações digitais contemporâneas, apresentamos a pesquisa “*‘Fake News’, liberdade de expressão e democracia: perspectivas e estratégias de combate à (des)informação*”, buscando analisar os seus delineamentos, a sua atuação na rede midiática virtual, bem como as suas implicações aos direitos humanos fundamentais da liberdade de expressão e informação no âmbito das democracias contemporâneas.

Ademais, destaca-se o trabalho “*Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil*”, que tem por escopo analisar a eficácia dos direitos fundamentais, o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade no Brasil, haja vista a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Seguindo, o artigo “*Retrocessos da positivação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela PEC 32/2020*”, 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

Ampliando o tema dos direitos sociais e Estado Democrático de Direito, destacamos o trabalho “*Democracia excludente: participação, direitos sociais, controle social e cidadania como representações perdidas*”, destinado a discutir em que medida a democracia tem excluído setores específicos da sociedade brasileira quanto ao acesso a serviços públicos essenciais, contrastando com a possibilidade de tornar o sujeito autônomo e condutor da própria independência.

Ampliando os questionamentos que abarcam o prisma democrático brasileiro, apresenta-se a pesquisa “*O voto obrigatório no Brasil: análise crítica e comparada*”, analisando o voto obrigatório no Brasil diante das transformações da sociedade contemporânea.

Outrossim, temos nessa edição o artigo “*O modelo regulatório do sistema*

de compensação de energia elétrica”, que se dedica a investigar a regulação brasileira referente ao sistema de compensação de energia elétrica, identificando os fundamentos constitucionais para a sua aplicação e o panorama da energia solar frente às demais fontes renováveis de energia que já compõem a matriz energética nacional.

Ainda analisando os efeitos múltiplos da realidade pandêmica que vivenciamos recentemente, cotejados com a normatividade jurídica nacional, trazemos o trabalho *“Pandemia de COVID-19 e escassez de vacina: análise acerca do (des) cumprimento dos direitos fundamentais e princípio bioético da justiça na aquisição privada de vacinas”*, debatendo nuances do Direito à Saúde em face da aplicação de vacinas pela iniciativa privada.

No que concerne ao Direito Administrativo, destaca-se o trabalho *“Estado democrático de direito e controle da administração pública: uma necessária conexão”*, que tem como objetivo realizar um estudo sobre a necessidade de controle dos atos da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito.

No âmbito do acesso à Justiça, apresentamos o artigo *“Virtualidade, sociedade em rede e a possibilidade de construção participada do mérito nas ações coletivas”*, que almeja responder se é possível a construção participada do mérito processual nas ações coletivas, mediante a realização de audiências públicas virtuais, no contexto da sociedade em rede, a fim de viabilizar e ampliar a participação popular.

Quanto à seara do Direito Internacional, nossa edição atual terá o trabalho *“Tratamento especial e diferenciado na OMC e a promoção de igualdade concorrencial no comércio agrícola internacional”*, dedicado a analisar as contribuições do “Tratamento Especial e Diferenciado”, no contexto dos acordos que tratam sobre os subsídios agrícolas na OMC, com exame das disputas “Contencioso do Algodão” e “CE – Bananas.

Por fim, nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, referentes às obras *“Blockchain e criptomoedas - aspectos jurídicos”*, dos autores Tarcísio Teixeira e Carlos Alexandre Teixeira, e *“Direito em tela: para engenheiros, militares & afins.”*, de Munir Mohi.

Esperamos que apreciem a leitura dessa nossa última edição do ano, e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos e pesquisas, promovendo o debate acadêmico em diferentes níveis de compreensão e profundidade.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Dezembro de 2023.

**STF E CONTROLE DE PREÇOS: O
“TABELAMENTO DE FRETES RODOVIÁRIOS”**

STF AND PRICE CONTROL: THE “TABULATION
OF HIGHWAY FREIGHT”

Giovani Clark*

Davi Augusto Santana de Lelis**

Janaína de Alvarenga Silva Carvalho***

*Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Professor da Pós-graduação e da Graduação da PUC Minas e Docente da Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: giovaniclark@gmail.com

**Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Econômico e Direito Administrativo da Universidade Federal de Viçosa. E-mail: davi.lelis@ufv.br

***Doutoranda em Direito, na área Democracia, liberdade e cidadania, linha de pesquisa Desenvolvimento e Políticas Públicas, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. E-mail: janasalvarenga@gmail.com

Como citar: CLARK, Giovani; LELIS, Davi Augusto Santana de; CARVALHO, Janaína de Alvarenga Silva Carvalho. STF e controle de preços: o “tabelamento de fretes rodoviários”. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 10-30, dez. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.10-30. ISSN: 1980-511X

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 retrata importante marco democrático, inclusive adotando o pluralismo produtivo em sua Constituição Econômica. Ela, por sua vez, permite a intervenção estatal no domínio econômico, por meio, por exemplo, de controle de preços (gênero). Assim sendo, este artigo objetiva destacar a intervenção estatal por meio do preço mínimo (espécie), dentro dos contornos constitucionais, abordando o caso da “Tabela de Fretes” instituída após o movimento dos caminhoneiros, em maio do ano de 2018, que culminou na Medida Provisória nº 832/2018, convertida na Lei nº 13.703/2018, e resultou no questionamento jurídico da dita política econômica setorial intervencionista por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 5956/DF, 5959/DF e 5964/DF, perante o Supremo Tribunal Federal. Ademais, esta pesquisa é documental, apoiada na doutrina, na legislação nacional e em decisão judicial, e possui como referencial teórico as lições quanto à intervenção estatal no domínio econômico do jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza.

Palavras-chave: Intervenção econômica do Estado; Controle de preços; Tabelamento de fretes rodoviários; ADIs nºs 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 configures an important mark for democracy, moreover by the adoption of productive pluralism in its Economic Constitution. It, in turn, permits state intervention in the economic domain,

such, as by, price controls (genre). Accordingly, the article seeks to highlight state intervention by means of minimum price (species), within the constitutional framework, contemplating the case of the “Freight Tables” instituted after the truck driver’s movement, in May 2018, which culminated in the Provisional Measure n° 832/2018, converted into the Law n° 13.703/2018, and resulted in the judicial inquiry of the so-called interventionist sectoral economic policy, by way of the Direct Unconstitutionality Actions (ADIs) n°s 5956/DF, 5959/DF and 5964/DF, before the Federal Supreme Court. Research was documentary and further bolstered by legal doctrine, national legislation and judicial decisions, having as its theoretical framework the lessons of the jurist from Minas Gerais, Washington Peluso Albino de Souza, regarding state intervention in the economic domain.

Keywords: Economic intervention by the State; Price control; Tabulation of highway freight; ADIs n°s 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF; Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em maio de 2018, os caminhoneiros realizaram greve e bloqueios de rodovias por todo o Brasil. A greve dos caminhoneiros, como ficou conhecido o movimento, tinha como pauta a redução do preço do óleo diesel, que havia subido 50% entre maio de 2017 e maio de 2018, e o tabelamento do frete, com a previsão de valores mínimos para os contratos. Como consequência, a greve dos caminhoneiros obstruiu o fornecimento regular de diversos itens, inclusive essenciais, como combustíveis, medicamentos e alimentos.

Michel Temer, então presidente da República Federativa do Brasil, por meio da edição da Medida Provisória nº 832, de 27 de maio de 2018, convertida na Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018, atendeu a um dos pedidos da pauta dos caminhoneiros: o preço mínimo para fretes de cargas. Dito tabelamento foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal (STF), nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF, ajuizadas pela Associação do Transporte Rodoviário do Brasil (ATR Brasil), representando as transportadoras, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

Compreendidos os contornos e os limites constitucionais do controle de preços, e abordadas as ações envolvendo o caso em tela, mesmo cientes da pendência do julgamento definitivo da Suprema Corte a respeito, o tema deste artigo é a intervenção do Estado no domínio econômico, e o problema focalizado é o da viabilidade jurídica de se abordar a intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico, por meio do controle de preços e de suas espécies como solução para a crise causada pela greve dos caminhoneiros. Assim, considerando a Lei nº 13.703, de 2018, e as ADIs nºs 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF, será objetivo, no artigo, reavivar a importância da intervenção estatal na economia, mais especificamente por meio do controle de preços possibilitado pela Constituição Econômica, em seu núcleo central dos arts. 170 a 192 da Constituição da República de 1988 (CR).

No caso em tela, a nosso ver, procurou-se, com a intervenção do Estado na economia, por meio de preço mínimo dos fretes rodoviários e não tabelamento, solucionar um problema emergencial e impactante em toda a nação, ou seja, o retorno do funcionamento da atividade econômica do serviço de transporte privado de cargas. Todavia, como hipótese, tem-se que a dita política econômica conjuntural e imediatista apenas comprovou a falta de um planejamento estatal setorial ou/e global para o setor, deixando assim o mercado interno nacional, os consumidores e as cadeias produtivas e comerciais frágeis e sujeitos a novos conflitos devido a um dilema estrutural não resolvido adequadamente.

A partir de tais indicativos (tema, problema, objetivo e hipótese), a presente pesquisa será documental, apoiada na doutrina, na legislação nacional e em decisão judicial, e possui como referencial teórico as lições quanto à intervenção estatal no domínio econômico do jurista mineiro Washington Peluso Albino de Souza.

1 INTERVENÇÃO DO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

1.1 ESTADO, CONSTITUIÇÃO, ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

Desde as primeiras Constituições escritas após as revoluções burguesas (Declaração da Independência das Treze Colônias Inglesas e Revolução Francesa), sobleva-se a importância da limitação de atuação do Estado. A limitação do poder estatal repercutiu também na economia política e na inicial suposta ausência de regulamentação do mercado, instituindo-se o liberalismo por meio do “deixa-nos fazer” dito pelo Marquês d’Argenson, em 1751.

O Estado, então entendido como de Polícia, teve a limitação de sua governamentalidade estabelecida nas Constituições, as quais impunham, ainda, uma estrutura básica de Estado, direitos e garantias humanos fundamentais como meios de restrição jurídica e realidade na qual cada cidadão ou súdito deveria se inserir (Miranda, 2007, p. 184).

A ordem econômica, como parcela da ordem jurídica constitucional, com surgimento “inovador” no século XX, substituindo a ordem jurídica liberal pela intervencionista, conforme Grau (2010, p. 16, 19-20), foi disciplinada, do ponto de vista jurídico-constitucional, pela primeira vez, com a Constituição mexicana de 1917, permitindo-se, desde então, em diversas nações, a consolidação da democracia com uma economia estável e desenvolvida, de modo a alinhar o modelo do Estado de Direito a um modelo produtivo constitucionalizado.

Esse modelo permitiu que o Estado não apenas regulasse, mas também atuasse no domínio econômico das mais diversas formas. A atuação estatal na economia tornou-se, em especial durante o período do consenso keynesiano, imperecível para a sociedade. No capitalismo pós-II Guerra Mundial, garantiu-se a ideia de que a expansão dos direitos sociais, empregos e barganha dos sindicatos eram possíveis. Entretanto, na década de 1970, com a alta inflação, o modelo de ampla intervenção estatal fragilizou-se, dando espaço para a ideia de mera regulação estatal, que, anos mais tarde, em especial com a crise de 2008, mostrar-se-ia insuficiente para conter as crises cíclicas do capitalismo e a concretização de direitos à população (Lelis, 2020, p. 174).

Ao Estado, atualmente, compete cuidar das atividades dos indivíduos. A racionalidade da governamentalidade não está mais no deixar que o mercado atue livremente, nem no arranjo dialético capital-trabalho-investimento público do keynesianismo, que possibilita a concepção do Estado-empresário, e sim em regular o mercado para que haja concorrência e competição (Lelis, 2020, p. 174), marcos próprios dos ideais neoliberais que pretendem colocar o Estado sob a vigilância do mercado em vez do mercado sob a vigilância do Estado (Foucault, 2008, p. 159).

No Brasil, o primeiro texto constitucional a tratar dos modos de atuação estatal, de modo sistematizado “em grupos de artigos”, de acordo com Souza (2003, p. 213), foi a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919. Na Constituição brasileira de 1988, a ordem econômica e financeira encontra-se nos arts. 170 a 192, formando o núcleo central Constituição Econômica, que possui outros comandos, como os arts. 3º, 24, I, 165, 219. Os artigos

da Constituição Econômica estabelecem os fundamentos e princípios da ordem econômica e financeira, mas também da República Federativa do Brasil (Bercovici, 2018, p. 42). Tais princípios, constantes nos incisos do art. 170, são ditames voltados ao condicionamento e organização das atividades econômicas, inclusive privadas; representam os “caminhos” para o alcance das finalidades e para o próprio resguardo das bases em que se estabeleceu a Constituição Econômica:

a) Soberania nacional econômica: é fundamento próprio da ordem econômica, com consequências específicas nesse campo. Aqui, a soberania deve ser vista no campo da política econômica, devendo ser endógena, planejada e voltada às nossas criatividades e ao fortalecimento do mercado interno, apesar de não desprezar o comércio internacional;

b) Liberdade de iniciativa econômica: além de estar indicado em um inciso do art. 170, encontra respaldo no parágrafo único desse mesmo dispositivo constitucional. É um dos fundamentos básicos do liberalismo econômico, que, de acordo com o texto constitucional de 1988, só se legitima se for exercido no interesse da justiça social, da função social das propriedades, do regramento legal das atividades econômicas e não pode ser interpretado, isoladamente, com liberdade ampla e irrestrita das empresas e de lucros;

c) Livre concorrência: dispositivo completado pelo art. 173, § 4º, da CR. Representa a tutela do sistema de mercado (sobretudo) contra a tendência de concentração capitalista. Há reconhecimento constitucional ao poder econômico privado, mas a Constituição realça a necessidade de se coibir a atuação antissocial desse poder, logicamente por meio da intervenção estatal;

d) Fundamentos de integração (defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego): para Silva (1999, p. 770), formam um núcleo principiológico integrado, porquanto todos se voltam a resolver os problemas da marginalização regional ou social, em estreita relação com um dos objetivos propostos ao Estado brasileiro no art. 3º da CR. Obviamente, são normas vinculantes para as políticas econômicas públicas e privadas.

e) Busca do pleno emprego (espécie do gênero trabalho): é princípio fundante da necessidade de se propiciar trabalho subordinado a todos quantos estejam em condições de exercer alguma atividade. Assim sendo, as políticas econômicas jamais podem ser geradoras de desemprego, pois, como ensina Grau (2010, p. 258), são inconstitucionais.

f) Tratamento diferenciado para empresa brasileira (art. 170, IX, da CR): há o respaldo constitucional às pequenas empresas, aqui entendidas tanto as de pequeno porte, como, também, as microempresas. É dispositivo atrelado ao art. 179 da CR. Pondere-se que a Constituição Econômica não quis destacar qualquer repúdio ao capital estrangeiro, tanto é verdade que, em algumas passagens se admite a

atuação estrangeira, seguramente regulada pela legislação infraconstitucional e dentro dos limites constitucionalmente previstos (art. 172 da CR), ou seja, não inviabilizando o desenvolvimento nacional e a ampliação/fortalecimento do mercado interno, e por consequência bloqueando institucionalmente a nossa Constituição Econômica (Clark; Corrêa; Nascimento, 2017, p. 688).

A análise da previsão constitucional da ordem econômica e financeira brasileira não revela um modelo produtivo puro (Lelis, 2017, p. 148), limitada a um sistema de organização da vida econômica (Clark; Corrêa; Nascimento, 2020, p. 15). Tem-se, portanto, no texto da Constituição de 1988, a presença ambígua dos modelos históricos do liberalismo, da intervenção estatal (keynesianismo) e da regulação (neoliberalismo), além de comandos vinculados ao nacionalismo, à proteção ambiental e às demandas sociais. Assim sendo, a Constituição de 1988 admite o capitalismo (com limitações e imposições) e também outros sistemas produtivos alternativos, como o cooperativismo, o associativismo e as vias alternativas ao desenvolvimento, por exemplo, construindo assim um texto com ditames plurais não vinculado a uma ideologia política pura, nem restrito a um sistema produtivo. Todavia, apesar da pluralidade da Constituição Econômica, os referidos fundamentos econômico-financeiros devem ser interpretados em consonância com os demais preceitos constitucionais; afinal, ela deve ser entendida em unidade com o restante da Constituição (Horta, 2010, p. 235).

Desse modo, no Brasil, o exercício da atividade econômica, pelo Estado, ocorre constitucionalmente por meio da: (i) intervenção estatal no domínio econômico, via normas jurídicas (controle de preços por exemplo), ou seja, via Direito Regulamentar Econômico (Souza, 2017, p. 114); (ii) atuação direta como Estado Empresário, realizando serviços e atividade econômica estratégica, por exemplo, ou seja, via Direito Institucional Econômico (Souza, 2017, p. 114). Logicamente, essas atuações devem ser balizadas nos comandos constitucionais e coordenar os sistemas produtivos existentes, dentro da democracia econômica fixada, voltados ao desenvolvimento e à universalização da dignidade humana, dentre outros ditames da Constituição de 1988 (Clark; Corrêa; Nascimento, 2020, p. 15).

Assim, o mercado nacional deve admitir a presença do Estado na economia. A intervenção, configurada em políticas econômicas públicas, é realizada segundo as expectativas sociais e lutas de interesses, buscando, teoricamente, a concretude dos textos constitucionais. Porém, segundo Streeck (2012, p. 37), desde o pós-II Guerra Mundial, a disputa pelo campo de ação econômica se equilibra entre as demandas democráticas por concretização de direitos e as demandas dos proprietários do capital financeiro por mais lucros e liberdade de ação. A realidade brasileira não foge à regra: mesmo diante do trato jurídico-normativo constitucional aqui abordado, o alcance dos fundamentos, da finalidade e dos princípios da ordem econômica e financeira mostra-se difícil. A propósito, realça Silva:

[...] a justiça social só se realiza mediante eqüitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva

justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada (Silva, 1999, p. 763).

A consolidação da democracia, aliada ao desenvolvimento sustentável e à justiça social, é a base para que o Estado brasileiro e a nossa sociedade consigam alcançar uma transformação expressiva e mais profunda do que reestruturações pontuais geralmente de cunho administrativo ou ainda de foco fiscal e orçamentário (Matias-Pereira, 2008, p. 242-243), pois muito pouco é modificado na realidade de injustiças. O texto constitucional de 1988 possui um projeto constitucional de reformas estruturais, no qual as políticas socioeconômicas devem ser capazes de acabar com a dependência econômica interna e externa, acabar com a destruição ambiental e universalizar a dignidade humana.

A fim de executar o projeto constitucional de transformações, a intervenção estatal no domínio econômico é fundamental, pois a Constituição de 1988 impõe ao Estado o poder/dever de intervir e coordenar os processos produtivos, buscando a implantação dos ditames constitucionais. Ademais, como destaca Gilberto Bercovici (2015), a nossa Constituição não adotou o princípio da subsidiariedade, ou seja, a atuação estatal na vida econômica seria uma excepcionalidade e apenas para suprir e auxiliar o setor privado em suas necessidades e carências. Escreve o autor:

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. Como bem destacam Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça, defender a existência e preponderância do princípio da subsidiariedade na Constituição de 1988 nada mais é do que uma “captura ideológica do texto” (Bercovici, 2015).

Todavia, infelizmente, as normas constitucionais acima, bem como outras, são bloqueadas institucional e constantemente na realidade brasileira, inclusive no desempenho do poder constituinte derivado reformador, em emendas à Constituição, as quais buscam afastar os comandos da Constituição Econômica originária e enfraquecê-la.

1.2 O DIREITO REGULAMENTAR ECONÔMICO

A Constituição de 1988, em sua pluralidade, permite que o Estado intervenha na economia. A esse termo, intervenção, mais de um significado pode ser imputado. Para Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 316), “[...] ‘intervenção’ [...] traduz mais propriamente um preconceito

liberal, pois nesse caso o Estado estar-se-ia fazendo presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como ‘exceção’.” Assim, a intervenção estatal no domínio econômico se divide em Direito Institucional Econômico, quando é criado um ente estatal para agir no domínio econômico, realizando/regulando serviços públicos ou atividades econômicas; e em Direito Regulamentar Econômico, quando o Estado produz normas jurídicas (legislação) a fim de estabelecer regras legais (imposição, vedação, incentivo) no campo da política econômica.

Para Souza (2003, p. 110-112), tanto o Direito Institucional Econômico, como o Direito Regulamentar Econômico devem e podem ser utilizados pelos entes da federação (União, Estados e Municípios), dentro dos limites, competências e imposições constitucionais, para elaboração e execução das políticas econômicas, objetivando a concretude dos ditames da Constituição de 1988.

De outro modo, Eros Grau (2010, p. 91-92), a partir da ideia de atividade econômica em sentido amplo, compreende a intervenção por meio das espécies: (i) serviços públicos, em que o Estado realiza ação e intervenção, sendo a primeira espécie quando age no campo que lhe é próprio; e (ii) atividade econômica em sentido estrito, na qual o Estado atua no campo que inicialmente é do setor privado.

Ainda com Grau (2010, p. 146-147), a intervenção estatal no e sobre o domínio econômico (atividade econômica em sentido estrito) pode se realizar das seguintes formas: (a) Intervenção por absorção, na qual o Estado atua como sujeito econômico (art. 173 da CR). Nesse caso, o Estado assume de modo integral, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção; (b) Intervenção por participação, na qual o Estado assume o controle parcial dos meios de produção e/ou troca em setor específico da atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da CR), em regime de competição com empresas privadas do mesmo setor; (c) Intervenção por direção, na qual o Estado pressiona a economia ao empregar mecanismos e normas compulsórias de condutas aos sujeitos da atividade econômica (art. 174 da CR), impondo o Estado condutas na economia, estabelecendo mecanismos e prevendo normas comportamentais compulsórias aos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito; e (d) Intervenção por indução ou incentivo, na qual o Estado faz uso de instrumentos de intervenção previstos em normas jurídicas disciplinadoras do funcionamento dos sistemas produtivos (art. 174 da CR), por meio de leis de concessão de crédito ou de renúncia tributária, objetivando um setor da economia (Grau, 2010, p. 147-149).

Para Giovani Clark (2013, p. 442), as lições de Eros Grau e Washington Peluso Albino de Souza quanto ao tema, densidade teórica e prática da intervenção estatal, são próximas e passíveis de harmonização:

Bem próxima às modalidades de atuação estatal apresentado [sic] pelo homenageado, o Prof. Washington Peluso Albino de Souza apresenta as seguintes espécies de intervenção do Estado no domínio econômico: direta (Estado empresário - atuação via empresas estatais – art. 173 da CR), indireta (ação estatal via normas legais de indução econômica ou controle de preços, por exemplo – art. 174 da CR) e intermédia (por intermédio de agências reguladoras e suas normas). O jurista mineiro, apesar de denunciar a consagrada, doutrinariamente, expressão intervenção como mais um preconceito dos liberais, trata da intervenção de forma

genérica, sem proceder à diferenciação da atuação estatal enquanto prestador e regulador de serviço público (verdadeira ação do Estado na visão de Eros Grau), ou agindo em campo privado, digo, por direção, indução, participação ou absorção (atividade econômica em sentido estrito). Em uma leitura minuciosa da obra do saudoso jurista das Minas Gerais, podemos afirmar que geralmente ele se refere ao sentido estrito da atividade econômica estatal quando trata da intervenção, apesar de não excluir os serviços públicos do conteúdo das políticas econômicas (Clark, 2013, p. 442).

Dentre as formas expostas, a de Souza (2003, p. 316) e a de Grau (2010, p. 91-92), para pensar juridicamente o tabelamento dos fretes dos caminhoneiros nos transportes privados de cargas, ficaremos restritos ao Direito Regulamentar Econômico, com a intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito, no campo privado e mediante normas jurídicas por meio de intervenção por direção (art. 174 da CR).

Passemos, então, na sequência, às reflexões acerca de um instrumento do Direito Regulamentar Econômico: o controle de preços.

2 CONTROLE DE PREÇOS NO BRASIL

2.1 TRATAMENTO JURÍDICO DO PREÇO

O preço, segundo Washington Peluso Albino de Souza, no texto “Ensaio de conceituação jurídica do preço”, publicado originalmente em 1949 (Souza, 2006, p. 225), é fato econômico que não deve fugir à análise do Direito Econômico. Na análise jurídica do fato-econômico-preço, devem ser abordadas, em especial, as questões de valor e preço em face da justiça. Assim, historicamente, com Diocleciano (Imperador romano de 284 a 305), já se compreendia o instituto da lesão por preço injusto. Na Idade Média, o preço passou a ser gravado pela ideia de que o bem-estar geral predominava sobre o bem-estar individual, levando a Igreja a condenar a usura. Nesse sentido, foi imposta a doutrina do justo preço, pondo-se em prática a ideia do valor em si e da imoralidade do lucro. Nas teorias contemporâneas, as ciências econômicas indicam o preço certo, conforme “leis” econômicas, como a da oferta e da procura, já que, no capitalismo, o preço não tem por finalidade ser recíproco ao uso, e sim ao valor de troca.

Para o Direito Econômico, permanece a busca pelo elemento de justo dentro do preço. Isso porque, de acordo com o princípio da economicidade, elaborado por Washington Peluso Albino de Souza, na década de 1970, o jurista deve sempre buscar o justo-certo, sendo o justo dado pelo Direito e o certo dado pela Economia. É assim que todos os institutos econômicos são refundados na ordem jurídica, devendo a Constituição, em especial, harmonizar interesses aparentemente antagônicos.

Sabendo que a Constituição de 1988 carrega em si a ambiguidade de diversas ideologias econômicas, os ditames constitucionais de liberdade econômica, livre iniciativa, livre concorrência

e liberdade na fixação dos preços, embora marquem atividades econômicas lucrativas, interligadas à própria ideia de mercado, não são únicos nem podem ser interpretados à luz de uma ideologia política/econômica pura. Assim sendo, o controle de preços não retrata violação à livre iniciativa, à livre concorrência ou à liberdade econômica. Pelo contrário, trata-se de limitar o poder econômico privado, objetivando garantir as ditas liberdades e ainda viabilizar a defesa do consumidor, a proteção dos empreendimentos de pequeno porte, o funcionamento do mercado interno e a soberania econômica. Certo é que a liberdade na fixação de preços deve estar centrada em princípios outros também norteadores da Constituição Econômica para promoção da justiça social.

A Constituição Econômica de 1988 adota a democracia econômica e o pluralismo produtivo, de modo que a economia de mercado é admitida como um dos sistemas produtivos possíveis, conforme limitações e imposições constitucionais (Clark; Corrêa; Nascimento, 2020, p. 56). Assim, o controle de preço é, ao lado dos fundamentos de liberdade econômica, uma possibilidade de intervenção estatal na economia.

Para Aguillar (2019, p. 82), o controle de preços foi praticado no Brasil desde o período da Regulação Patrimonialista no Brasil Colônia (1500-1831), passando pelo Brasil Império e pelo período da Regulação Desconcentrada (1831-1930). De modo significativo e mais próximo à dialética capital-trabalho de nosso tempo, o controle de preços, desde os anos 30 do século passado, esteve presente em todas as facetas econômicas praticadas no solo nacional. Ou seja, em todas as facetas do neoliberalismo, ou melhor, de regulamentação, de regulação, neodesenvolvimentista ou de austeridade (Clark; Corrêa; Nascimento, 2018, p. 303), encontramos a intervenção estatal nos preços privados.

Deve-se entender por controle de preços normas regulatórias de preços em geral, previstas ou não no planejamento estatal setorial e/ou global, com observância das previsões jurídico-normativas de regência, e, geralmente, possuindo a existência de um benefício aos agentes praticantes. Algumas espécies de controle de preços podem ser visualizadas na realidade concreta: o preço mínimo; máximo; tabelado; congelado; e administrado.

Preço mínimo: fixação de valor monetário mínimo, como um piso limitador. Aqui o preço será fixado de acordo com os custos, possibilitando uma margem de ganho aos agentes econômicos. Ademais, o preço mínimo não significa a eliminação dos lucros ou de ganhos, pelo contrário, ele garante os custos e uma margem sobra ao seu praticante, evitando, por vezes, a não sucção de riqueza de segmentos vulneráveis e ainda a garantia da soberania econômica nacional, a continuidade da empresa de pequeno porte na livre concorrência, a redução da desigualdade social etc.

Dois exemplos de preço mínimo podem ser apontados, o primeiro realizado anualmente pelo Ministério de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em cumprimento ao disposto no Decreto-Lei nº 79, de 19 de dezembro de 1966, que institui normas para a fixação de preços mínimos e execução das operações de financiamento e aquisição de produtos agropecuários, publica, em favor dos produtores, portarias com os preços mínimos de diversos produtos agropecuários. A garantia de preço é dada pela União, que pode comprar os produtos pelo preço mínimo ou

conceder financiamento, com opção de venda, inclusive para acondicionamento e transporte dos produtos. Outro exemplo do preço mínimo é o aplicado ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), de acordo com o Decreto-Lei nº 5.996, de 20 de dezembro de 2006. O Programa de Garantia de Preços para a Agricultura Familiar (PGPAF) tem por objetivo assegurar a remuneração dos custos de produção aos agricultores familiares financiados pelos Pronaf, com amortização ou liquidação de operações de crédito junto aos agentes financeiros. Na prática, com o controle de preços, os agricultores familiares têm assegurado, no mínimo, o custo da produção, pois os produtos que estiverem com preço em queda no mercado terão descontos de amortização ou liquidação. O desconto concedido pelo agente financiador deve ser correspondente à diferença entre o preço de mercado e o de garantia, que tem como base o custo de produção.

Preço máximo: fixação de um patamar de valor monetário máximo, como um teto limitador. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), criada pela Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, e regulada pelo Decreto nº 4.766, de 26 de junho de 2003, tem competência para, anualmente, regular o preço de medicamentos, incluindo porcentagens e prazos de reajuste, estabelecendo, assim, o preço máximo a ser cobrado do consumidor. A propósito, o STF, em 2013, por razão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 28.487/DF (Brasil, 2013, p. 1-38), de relatoria do Ministro Dias Toffoli, já atestou a constitucionalidade da possibilidade da intervenção estatal no preço, afirmando que o preço máximo nas vendas de determinados medicamentos é parte da reprovação constitucional do aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CR), pois a Constituição agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica.

Preço tabelado: fixação de preço de bens e serviços pelo Estado, devendo ser seguido obrigatoriamente pelos agentes econômicos. Essa forma de controle de preços ocorre, por exemplo, de acordo com o art. 220 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O art. 220 estabelece o tabelamento do preço do cigarro que contenha tabaco. Os fabricantes devem assegurar que os preços de venda a varejo sejam divulgados ao consumidor mediante tabela informativa entregue ao varejista e disponibilizada aos consumidores no ato da compra. O descumprimento da norma implica o descumprimento de obrigação acessória tributária, sujeitando tanto o varejista quanto o fabricante às penalidades legais.

Preço congelado: fixação de preço de bens e serviços corresponde ao momento no mercado de consumo, sem que haja possibilidade de correção. Esse modelo foi utilizado nas décadas de 1980 e 1990, como forma de contenção da inflação, com os ditos “planos” Cruzado I (1986) e II (1986), Bresser (1987), Verão (1989) e Collor (1990) (Clark; Corrêa; Nascimento, 2018, p. 307).

Preço administrado: são preços insensíveis às condições de oferta e demanda, porque estão estabelecidos em contrato ou pela Administração Pública. A administração desses preços visa a controlar a inflação e a disponibilidade dos produtos e realização de política social. É utilizada, por exemplo, para energia elétrica e telefonia, que têm preços regulados por contratos de concessão de prestação de serviço público. O preço administrado também é utilizado para definir o preço dos

combustíveis. A Petrobras, nesse sentido, ao administrar o preço, deve levar em consideração os preços do produtor ou importador da gasolina, a carga tributária, o custo do etanol e as margens de distribuição e revenda (10 respostas [...],[2021]). Outra forma prevista para o reajuste do preço administrado ocorre por meio do índice de inflação, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), em especial quando não se trata de previsão contratual ou legal.

O Direito Regulamentar Econômico revela-se, dessa forma, instrumento capaz de permitir a presença estatal no domínio econômico. O controle de preços, inicialmente precedido de planejamento estatal, deve ser executado pelos entes responsáveis, com respeito às previsões constitucionais fixadas. Cuida-se, assim, de limitar o poder econômico privado, garantir o funcionamento do mercado interno e gerar o desenvolvimento.

2.2 ANÁLISE JURÍDICA DO TABELAMENTO DE FRETES RODOVIÁRIOS DE CARGA

Em maio de 2018, o movimento dos caminhoneiros bloqueou rodovias em todo o território nacional, obstando o fornecimento regular de diversos itens essenciais (combustíveis, medicamentos, alimentos e insumos em geral). Uma das reivindicações do movimento era solucionar os seus altos custos com combustíveis e pedágios, e uma das soluções tabuladas foi o tabelamento dos fretes rodoviários de carga no Brasil.

A Medida Provisória nº 832, de 2018, convertida na Lei nº 13.703, de 2018 — e regulamentada inicialmente pela Resolução nº 5.820, de 30 de maio de 2018, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e, com a revogação desta, pela Resolução nº 5.858, de 12 de novembro de 2019, restabelecendo os efeitos da Resolução nº 5.849, de 16 de julho de 2019 —, previu a chamada “Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas”, como forma de atender àquela reivindicação específica e viabilizar a promoção de condições razoáveis, com contraprestação adequada ao serviço prestado à nação.

Caberá à ANTT a publicação da referida tabela e, nela, a fixação dos preços mínimos, considerando-se o quilômetro rodado na realização do frete, por eixo carregado e segundo as normas do art. 3º da Medida Provisória nº 832, de 2018, e, depois da conversão, da Lei nº 13.703, de 2018. Assim sendo, tecnicamente, a intervenção da União, quanto às espécies de controle de preços, deu-se por meio de preço mínimo, por intermédio da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas e, não, de tabelamento, como geralmente se referem a mídia e as esferas sociais de debate.

A orientação quanto à formação dos preços mínimos fixados deve considerar, com prioridade, os custos do óleo diesel e dos pedágios (art. 7º da Medida Provisória nº 832, de 2018; art. 4º, § 1º, da Lei nº 13.703, de 2018). Percebe-se que o preço mínimo será construído a partir dos custos reais dos caminhoneiros e das empresas do setor, e, logicamente, considerando um *plus* ou uma margem de ganho. A política econômica setorial focada passou a ser versada pelo instituto do controle de preços, a fim de ser voltada a um ponto ou a uma zona de equilíbrio entre interesses individuais e sociais, mais precisamente adotou teoricamente a regra do equilíbrio (Souza, 2017,

p. 122-123). Ensina o saudoso jurista Washington Peluso Albino de Souza quanto à regra do equilíbrio: “Para toda relação de Direito Econômico há sempre um ‘ponto de equilíbrio’, ou uma ‘zona de equilíbrio’, que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada” (Souza, 2017, p. 123).

Nesse caso específico, temos, de um lado, as disputas dos interesses privados quanto aos valores dos fretes de cargas e, do outro, a sociedade e os setores produtivos dependentes do transporte rodoviário de cargas. Em resumo: os caminhoneiros eram remunerados por fretes que não correspondiam às suas necessidades ou/e expectativas de ganhos, enquanto os empresários e usuários dos serviços se negavam à elevação dos valores dos fretes. Não seria demais incluir na disputa, ante a predominância do modal rodoviário na circulação de mercadorias no Brasil, toda a sociedade e demais agentes das atividades econômicas como interessados na solução da disputa quanto ao preço dos fretes de transporte de cargas rodoviárias.

A política de preços mínimos, estabelecida pela Lei nº 13.703, de 2018, foi questionada perante o STF, nas ADIs nºs 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF, ajuizadas pela ATR Brasil, representando as transportadoras, pela CNI e pela CNA. E, em síntese, as requerentes alegam que a previsão de preço mínimo afronta formal e materialmente a Constituição (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c; Brasil, 2018d). Formalmente, por vedação constitucional à matéria ser regulada por medida provisória e materialmente por violação da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais, da busca do pleno emprego, gera o abuso do poder econômico estatal e a imposição do planejamento estatal ao setor privado, contrariando ainda ato jurídico perfeito, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (Brasil, 2018b, p. 1-28; Brasil, 2018c, p. 1-29; Brasil, 2018d).

As três ADIs (5956/DF, 5959/DF e 5964/DF) — com autos reunidos para tramitação conjunta — têm relatoria do Ministro Luiz Fux, o qual, nos autos da ADI nº 5956/DF, em decisão proferida na data de 12 de dezembro de 2018, revogou a liminar antes concedida, determinando que se aguardasse a manifestação do Plenário do STF acerca do mérito da causa (Brasil, 2018e, p. 1-3). Enquanto o STF não pauta os pleitos, foram tentadas conciliações entre representantes dos caminhoneiros, transportadores, setor produtivo, da Procuradoria-Geral da República e da União, mas sem êxito. Permanece a observância obrigatória do preço mínimo do frete rodoviário de carga, como previsto nas normas legais citadas acima.

Mesmo sem julgamento definitivo do STF, é possível estabelecer, desde já, com os fundamentos e método do Direito Econômico, elementos que apontem para a decisão constitucionalmente possível para o caso.

Quanto à inconstitucionalidade formal, embora os arts. 178 e 246 da Constituição de 1988 contenham a proibição do uso da medida provisória para regular matéria de transporte, a medida provisória foi convertida em lei, a Lei nº 13.703, de 2018, sanando-se, assim, o vício originário da matéria.

Quanto à livre iniciativa, conforme exposto, a interpretação constitucional exige a junção com as demais normas constitucionais, entre elas, a do valor social do trabalho. “Isso significa

que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (Grau, 2010, p. 202). Assim, ao contrário do que afirmam as petições iniciais das ADIs, não se trata apenas de garantir a propriedade privada, a liberdade de exercício de atividades econômicas, a liberdade de negociação e a liberdade de concorrência. Ao lado dessas liberdades e de modo igualmente importante, estão os trabalhadores, pois “[...] a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (Grau, 2010, p. 202).

A livre iniciativa só é um direito constitucional se compreendida com suas limitações. Grau (2010, p. 207) expõe essa ideia, afirmando que a “[...] liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*”. Assim, a Lei nº 13.703, de 2018, pode limitar a livre iniciativa, ao estabelecer um preço mínimo para o frete de cargas no Brasil.

Quanto à livre concorrência, a inicial da ADI nº 5964/DF (Brasil, 2018d), em particular, aponta ter havido violação pela intervenção indevida do Estado no domínio econômico, pois a fixação dos preços seria uma liberdade dos agentes econômicos e não do Estado. No mesmo sentido, na ADI nº 5964/DF (Brasil, 2018b), alega-se que há abuso de poder econômico, pois o Estado só poderia intervir no mercado, regulando o preço, se houvesse alguma dominação de mercado por parte de uma empresa. Afirma-se ainda que o preço mínimo formaria um cartel no setor de transporte de cargas. Afirmações essas, porém, que não se sustentam ante a interpretação sistemática da ordem econômica constitucional.

Ao contrário do que afirma a CNI, autora da ADI nº 5964/DF, não há oposição entre a livre concorrência e o abuso de poder econômico, uma vez que este se deriva daquela. Na sociedade capitalista atual, o poder econômico financeiro impera (Avelãs Nunes, 2012, p. 30). A livre concorrência “[...] significa *liberdade de concorrência*, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública [...]” (Grau, 2010, p. 212), de modo que a liberdade ali prevista não é ilimitada e, sim, regulada. A desconcentração de poder econômico por parte da intervenção estatal é permitida e regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Brasil, 2011), que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. A “[...] liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*.” (Grau, 2010, p. 207). Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, a forma escolhida pelo Estado, preço mínimo, é constitucional, por regular uma liberdade pública e por reafirmar o ideal jurídico de que o mercado não é a única preocupação da Constituição Econômica.

Quanto à defesa do consumidor, alega-se que o aumento do frete importará o aumento dos preços finais dos produtos ao consumidor. O argumento que contesta o preço mínimo inverte a racionalidade da defesa do consumidor: a proteção jurídica da defesa do consumidor é alienante e quebra a dialética capital-trabalho do capitalismo, pois, se todos são consumidores, o sentido de classe deixa de existir. Entretanto, se pensarmos na noção de consumidor a partir da assimetria, consumidor é aquele que se encontra na posição estrutural mais frágil em relação ao fornecedor, ou seja, ao produtor/vendedor dos bens ou de serviços de consumo (Grau, 2010, p. 255). Nessa ótica,

os caminhoneiros, como partícipes da sociedade de mercado, também são consumidores e devem, com o fruto de seu trabalho, receber o preço que lhes permita consumir.

Quanto à redução das desigualdades regionais, a alegação é a de que as regiões Norte e Nordeste seriam financeiramente mais prejudicadas, impedindo, assim, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza. Soma-se a essa afirmação a ideia de que o preço mínimo estabelecido para o frete impediria a busca do pleno emprego, afirmando-se, ainda, que haverá redução da atividade econômica, em especial nas regiões Norte e Nordeste, resultando em desemprego na região, violando-se, assim, também a dignidade da pessoa humana. O argumento se equivoca tanto em seu aspecto teórico quanto em seu aspecto prático. Em seu aspecto teórico, a ideia do pleno emprego é tributária do ideal keynesiano, que demanda do Estado postura ativa no mercado. O pleno emprego se realiza por meio de políticas públicas voltadas para o trabalhador. As empresas, na execução desse fundamento conformador da Constituição, ao se inserirem na política de pleno emprego, sujeitam sua propriedade à função social de alocar mais pessoas nas funções de trabalho; como se vê, o pleno emprego não se faz por meio do sacrifício do preço justo pelo trabalho assalariado — mesmo porque, ao lado do pleno emprego, a Constituição determina também a valorização do trabalho. Em seu aspecto prático, o argumento apresenta uma abordagem preconceituosa das regiões Norte e Nordeste, como se elas fossem as de maior número de desempregados no Brasil.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), no ano de 2018, as taxas de desocupação eram as seguintes:

Tabela 1 - Taxa de desocupação total

Região	1º trimestre 2018	2º trimestre 2018	3º trimestre 2018	4º trimestre 2018
Nordeste	15,9	14,8	14,4	14,5
Norte	13,8	12,1	11,6	11,7
Sudeste	13,8	13,2	12,5	12,1
Sul	8,4	8,2	7,9	7,3
Centro-Oeste	10,5	9,5	8,9	8,5

Fonte: IBGE (2021).

Como se vê, pelos dados, a região Sudeste, em 2018, tinha mais desemprego que a região Norte do país. No mesmo sentido, Ferrari e Brasil (2015, p. 683) apontam que, entre 2002 e 2012, o Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo tinham taxas de desemprego tão elevadas quanto Amazonas, Sergipe, Bahia e Pernambuco. Entre os Estados com taxas baixas de desemprego, figuravam Ceará, Tocantins, Acre, Maranhão, Piauí e Rio Grande do Norte.

A política de pleno emprego é sim desejável. Mas, ao contrário do que apontam as ADIs, não será o preço do frete o responsável por sua não realização. Além disso, não demonstram, de maneira fática alguma, como o frete importará em desempregos pelo país, utilizando-se das regiões mais pobres como exemplo, sem qualquer elemento que comprove a afirmação apresentada ao STF.

Quanto à violação do ato jurídico perfeito, haveria inconstitucionalidade pelo fato de a definição do preço mínimo não ter ressalvado os contratos em vigor; porém, em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro

de 1942, e alterações) (Brasil, 1942), a ressalva do ato jurídico perfeito aplica-se apenas para os contratos anteriores à promulgação da lei, não tendo o poder de declarar a inconstitucionalidade de toda a Lei nº 13.703, de 2018.

Quanto à violação da proporcionalidade, justifica-se, na argumentação da inconstitucionalidade, pela violação dos arts. 1º e 5º, LIV, ambos da Constituição de 1988, pois o preço mínimo estaria definido em termos simplistas (custo do óleo diesel e pedágios), sem análise de mercado, e a pena pelo descumprimento também seria desproporcional, por ser o dobro do valor do frete em favor do transportador.

Na verdade, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 13.703, de 2018, estabelece que o preço mínimo deverá refletir os custos operacionais totais do transporte, definidos e divulgados pela ANTT, com priorização dos custos referentes ao óleo diesel e aos pedágios.

É importante salientar que, ao regular o preço, o Estado não pode fixá-lo abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor, o que configura empecilho à livre iniciativa. No caso de o Estado, por razão de fixação de preço em valores inferiores, causar prejuízos ao setor privado, é devida a indenização por parte da Administração Pública, conforme já decidiu o próprio STF, em 2005, no Recurso Extraordinário (RE) nº 422.941/DF, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso (Brasil, 2006b, p. 654-697). Portanto, não se trata de cálculo simples e sim de cálculo feito por agência competente, considerando a complexidade do transporte de cargas e os custos de óleo diesel e pedágios, e que busca, ao mesmo tempo, não gerar prejuízos para o setor privado e manter digna a remuneração dos caminhoneiros.

Quanto à pena, ao dobrar o valor do frete, a Lei nº 13.703, de 2018, espera valer-se do efeito pedagógico para que o preço mínimo seja pago ao caminhoneiro. Se a norma não convence o agente de não a violar, serve apenas como incentivo ao seu próprio descumprimento.

Em síntese, com fundamento, aliás, no voto do Ministro Eros Grau na ADI nº 1950/SP (Brasil, 2006a, p. 52-76), é possível afirmar que a ordem econômica constitucional de 1988 definiu um sistema econômico que deve equilibrar a ideia de livre iniciativa e de intervenção estatal na economia. Esse equilíbrio é encontrado no programa constitucional de ações que o Estado e a sociedade devem cumprir na economia. A livre iniciativa é liberdade que cabe, na ótica constitucional, ao mercado e ao Estado, à empresa e ao trabalho. Se, de um lado, há livre iniciativa do setor privado, do outro, há a determinação de que o trabalho seja digno e bem remunerado. Um ponto fica evidente: a pressão pelos fatos socioeconômicos, bem como a necessidade do Estado de intervir no domínio econômico, no caso, a União, com base nos arts. 24, I, 170 e 174, todos da Constituição de 1988, a fim de defender a continuidade das atividades produtivas e do mercado interno, foram, teoricamente, fincadas em alguns ditames da nossa Constituição Econômica, dentre eles, do próprio fundamento da livre iniciativa, objetivando que os sistemas produtivos continuem a funcionar (art. 170, *caput*, da CR); do princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, da CR), evitando assim o desabastecimento e a elevação dos preços de produtos e serviços; da proteção do mercado interno, como patrimônio nacional (art. 219 da CR), fundamental ao desenvolvimento nacional e à dignidade humana.

CONCLUSÃO

Os conflitos quanto aos valores do serviço de frete rodoviário no Brasil culminaram com o movimento de caminhoneiros, em maio de 2018, demonstrando a urgência de enfrentamento do assunto pelo Estado brasileiro, pois o setor é responsável pelo transporte de boa parte das cargas no território brasileiro.

O clamor por medidas de políticas econômicas estatais partiu dos caminhoneiros e deixou às claras o desequilíbrio e os problemas no segmento de fretamento rodoviário de carga, bem como a falta do planejamento estatal setorial e global para um importante setor.

O Estado brasileiro, por parte da União, assim reconheceu e, com o controle de preços por preço mínimo, disciplinou a cobrança do frete rodoviário no Brasil na Medida Provisória nº 832, de 2018, convertida na Lei nº 13.703, de 2018 — e regulamentada inicialmente pela Resolução nº 5.820, de 2018, e, com a revogação desta, pela Resolução nº 5.858, de 2019, restabelecendo os efeitos da Resolução nº 5.849, de 2019.

Do outro lado, a ATR Brasil, a CNI e a CNA questionam, perante o STF, nas ADIs nºs 5956/DF, 5959/DF, 5964/DF, a constitucionalidade da “tabela de fretes” tal como disciplinada. Mas não conseguiram êxito quanto à liminar, e o controle de preços continua em vigor até o momento.

É inegável que o controle de preços se mostra como instrumento constitucionalmente admitido, sendo enquadrado na intervenção indireta do Estado brasileiro no domínio econômico, chamada ainda de Direito Regulamentar Econômico. Ademais, historicamente, no Brasil, sempre tivemos o controle de preços em suas diversas espécies, inclusive, atualmente, temos os preços mínimos de alguns produtos agrícolas, os administrados de serviços públicos, como de transporte coletivo, luz e água, bem como o preço máximo de certos medicamentos. Obviamente, o preço mínimo não elimina os ganhos dos agentes econômicos, pelo contrário, garante os custos e um *plus* mínimo de ganho.

Nessa perspectiva, a intervenção estatal, por intermédio da adoção do preço mínimo dos fretes, é perfeitamente compatível com a ordem jurídica constitucional, pois a adoção do controle de preços possui base constitucional, sobretudo nos arts. 22, IX e XI, 24, I, 170 e 174, todos da CR. Todavia, confirmando a hipótese proposta, a dita política econômica conjuntural e imediatista apenas comprovou a falta de um planejamento estatal setorial ou/e global para o setor, deixando assim o mercado interno nacional, os consumidores e as cadeias produtivas e comerciais frágeis e sujeitos a novos conflitos devido a um dilema estrutural não resolvido.

REFERÊNCIAS

10 RESPOSTAS para suas dúvidas sobre o preço da gasolina. **Postos Quality**, São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://postosquality.com.br/noticia/10-respostas-para-suas-duvidas-sobre-o-preco-da-gasolina>. Acesso em: 24 fev. 2021.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. E. book.

AVELÃS NUNES, António José. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da constituição econômica: homenagem ao centenário de Washington Peluso Albino de Souza. In: CLARK, Giovani; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Constituição econômica, direito econômico e direito comparado**: estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza pelo centenário de seu nascimento. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2018. p. 39-52.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **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: 5 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **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: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.703, de 8 de agosto de 2018**. Institui a política nacional de pisos mínimos do transporte rodoviário de cargas. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13703&ano=2018&ato=2cak3Z61UeZpWTbb5>. Acesso em 5 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RMS 28.487/DF. Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Supremacia do interesse público sobre o privado. Competência normativa conferida à Administração Pública. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Coeficiente de Adequação de Preço (CAP). Lei nº 10.742/2003. Resolução nº 4/2006. Tutela constitucional do direito à saúde (art. 196 CF). Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. [...]. Recorrente: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de fevereiro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 050, p. 1-38, 14 mar. 2013, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3500237>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 422.941/DF.

Constitucional. Econômico. Intervenção estatal na economia: regulamentação e regulação de setores econômicos: normas de intervenção. Liberdade de Iniciativa. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. [...]. Recorrente: Destilaria Alto Alegre S/A. Recorrida: União. Relator: Min. Carlos Velloso, 06 dez. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 654-697, 24 de março de 2006b. pp-00055, ementário 02226-04. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368446>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1950/SP. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do Estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. [...]. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Eros Grau, 3 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 52-76, 2 jun. 2006a. pp-00004, ementário 02235-01. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5956/DF**. Petição inicial, p. 1-28, recibo de petição eletrônica 7 jun. 2018. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil – ATR BRASIL. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5959/DF**. Petição inicial, p. 1-29, recibo de petição eletrônica 12 jun. 2018. Requerente: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5485876>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5964/DF**. Petição inicial, não paginada, recibo de petição eletrônica 14 jun. 2018. Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5489322>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5956/DF**. Revoga a liminar anteriormente concedida [...]. Peça 340, p. 1-3. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil – ATR BRASIL. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2018d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5481962>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CLARK, Giovanni. A ADI 1950: o voto aula do direito econômico. *In*: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito: teoria e experiência**. Estudo em Homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. t. 1, p. 429-451.

CLARK, Giovanni; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. A

constituição econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 677-700, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1886>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 301-324, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso em: 19 nov. 2020.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas**. Teresina: Edufpi, 2020.

FERRARI, Tatiana Kolodin; BRASIL, Gutemberg Hespanha. Comportamento do desemprego regional no Brasil: uma aplicação de teste de convergência em painel. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 25, n. 3, p. 673-688, set./dez. 2015.

FOUCAULT, Michael. **Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Tópicos).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Com notas de rodapé pela Professora Juliana Campos Horta.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Continuada – PNAD**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 12 mar. 2021.

LELIS, Davi Augusto Santana de. Direitos sem dinheiro: do novo regime fiscal à COVID-19. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 56, n. 2, p. 164-176, maio/ago. 2020.

LELIS, Davi Augusto Santana de. Ideologia constitucional e políticas públicas: uma crítica ao Novo Regime Fiscal. **Revista de Desenvolvimento e Políticas Públicas - Redepp**, Viçosa, v. 1, n. 2, p. 143-153, 2017.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (Tradução da edição portuguesa).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. Nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998).

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Breve depoimento sobre a introdução do Direito Econômico no ensino jurídico, enquanto disciplina curricular. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, p. 225-236, jul./dez. 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. Tradução de Alexandre Morales. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 35-56, mar. 2012.

Recebido em: 22/04/2021

Aceito em: 24/04/2023

*Docente em regime de 40h na Católica de Santa Catarina em Jaraguá do Sul. Professora responsável por Projeto de TCC e TCC, lecionando as respectivas disciplinas; leciona as disciplinas de Fundamentos e Aplicação do Direito e Bioética e Biodireito. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento, inscrito no CNPq, atuando na linha de pesquisa Direito, meio ambiente e democracia. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, trabalhando o tema das políticas públicas de biodiversidade, com ênfase na gestão comunitária, com realização de pesquisa de campo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, analisando o tema da participação popular em licenciamento ambiental, com realização de pesquisa de campo. Possui experiência de destaque na realização de pesquisas empírica e de campo na área do Direito. Atuou como professora substituta na Universidade Federal de Santa Catarina e como professora conteudista para Especialização em Direito Ambiental - UNISULVirtual. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Aprovada no Exame de Ordem 2010.1. E-mail: luiza.christmann@catolicasc.org.br

**Graduado do Curso de Engenharia Elétrica pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), pós-graduado em Gestão de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), pós-graduado em Engenharia da Produção pela Sociedade Educacional de Santa Catarina (SOCIESC), mestre em Engenharia Elétrica pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), e graduando do Curso de Direito, no Centro Universitário Católica de Santa. E-mail: catarina_regisramos@gmail.com

***Graduanda do Curso de Direito, no Centro Universitário Católica de Santa Catarina. E-mail: feliciano.vany@gmail.com Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. E-mail: janasalvarenga@gmail.com

PANDEMIA DE COVID-19 E ESCASSEZ DE VACINA: ANÁLISE ACERCA DO (DES) CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO BIOÉTICO DA JUSTIÇA NA AQUISIÇÃO PRIVADA DE VACINAS

COVID-19 PANDEMIC AND VACCINE SHORTAGE: ANALYSIS ABOUT THE (DIS) COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE BIOETHICAL PRINCIPLE OF JUSTICE IN THE PRIVATE ACQUISITION OF VACCINES

Luiza Landerdahl Christmann*
Régis da Silva Ramos**
Vanessa Feliciano Ebert***

Como citar: CHRISTMANN, Luiza Landerdahl; RAMOS, Régis da Silva; EBERT, Vanessa Feliciano. Pandemia de COVID-19 e escassez de vacina: análise acerca do (des) cumprimento dos direitos fundamentais e princípio bioético da justiça na aquisição privada de vacinas. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 3, p. 31-53, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.31-53. ISSN: 1980-511X

Resumo: Diante do cenário de enfrentamento à pandemia, escassez de vacinas e o manifesto interesse da iniciativa privada em adquirir os imunizantes, estabeleceu-se o questionamento: no contexto brasileiro, a aquisição e aplicação de vacinas contra a COVID-19 pelas pessoas jurídicas de direito privado, medida aprovada pela Lei n. 14.125/2021, implicaria eventual ultraje aos direitos fundamentais à vida, igualdade e saúde, à tríade fundamental do Sistema Único de Saúde e ao princípio bioético de justiça? Estabeleceu-se como hipótese que a permissão representa priorização de parte economicamente privilegiada em detrimento da estratégia da saúde pública, usurpando função outorgada pela Constituição Federal ao Sistema Único de Saúde e materializada através do plano nacional de vacinação, violando os direitos fundamentais e critério de justiça aventados para distribuição correta de recursos escassos em saúde. Utilizou-se o método científico hipotético-dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Deslindou-se o contexto de pandemia e escassez de vacinas na conjuntura internacional e consequente repercussões no Brasil, estudou-se os direitos fundamentais constitucionais, princípio bioético da justiça e possibilidade de aquisição e distribuição

dos imunizantes diretamente pelas empresas. Confirmou-se a hipótese e a total incompatibilidade da Lei n. 14.125/2021 à ordem constitucional.

Palavras-chave: pandemia de covid-19; escassez de vacinas; sistema único de saúde; direitos fundamentais; princípio bioética de justiça.

Abstract: Facing the pandemic scenario, shortage of and the manifest interest of the private sector in acquiring immunizers, a question was established: considering the Brazilian context, the acquisition and application of vaccines against COVID-19 by legal entities governed by private law, measure approved by Federal Law 14.125/2021, would it imply in an eventual outrage to the fundamental rights to life, equality and health, to the fundamental triad of the Unique Health System SUS and to the bioethical principle of justice? It was established as a hypothesis that the permission represents the prioritization of an economically privileged part of the society to the detriment of the public health strategy, violating the fundamental rights and the justice criteria proposed for the correct distribution of scarce resources in health system. The hypothetical-deductive scientific method, the monographic procedure method and the techniques of bibliographic and documentary research were used. In addition to confirming the presented hypothesis, it was investigated the total incompatibility of Federal Law n. 14.125/2021 to the Brazilian constitutional order.

Keywords: bioethical principle of justice; covid-19 pandemic; fundamental rights; unique health system; vaccination shortages.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 foi identificado na cidade de Wuhan, na China, o primeiro caso de infecção em humano pelo coronavírus Sars-CoV-2, que, em pouco tempo, espalhou-se pelo continente asiático e, por conseguinte, foi transmitido para o restante do mundo. A doença da COVID-19 foi então classificada como a maior pandemia da história recente da humanidade.

A acelerada propagação do vírus levou à lotação de hospitais e ao cômputo alarmante de óbitos no cenário mundial, que exigiu, além de medidas de prevenção, a elaboração de alguma vacina eficiente. Diversos países e laboratórios se exauriram para produção do imunizante. À medida que avançavam os ensaios clínicos, parcerias e negociações de reserva para aquisição dos imunizantes eram acordadas. No entanto, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou necessária ação integral para provisão adequada de cuidados de saúde a todos e reconheceu que isso poderia não ser possível, já que os recursos provavelmente seriam limitados.

No Brasil, a compra e distribuição dos imunizantes gradualmente disponibilizados, foram lideradas pelo governo federal e a imunização foi concretizada através de estratégia do Sistema Único de Saúde (SUS), atendendo a grupos prioritários reconhecidos como mais vulneráveis e suscetíveis à doença. De outro lado, dado o processo lento de imunização de toda população e impacto direto na economia do país, a iniciativa privada demonstrou interesse na obtenção das vacinas, o que levou à aprovação da Lei n. 14.125/2021¹. Assim, instaurou-se relevante questionamento: frente à situação de pandemia e escassez de vacinas contra a COVID-19, no contexto brasileiro, a aquisição e aplicação desses imunizantes por pessoas jurídicas de direito privado, medida aprovada pela Lei n. 14.125/2021, implicaria eventual ultraje aos direitos fundamentais à vida e saúde, ao princípio bioético de justiça e à tríade fundamental do SUS?

À vista da indagação proposta, estabeleceu-se a seguinte hipótese: a compra e aquisição dos imunizantes pelas pessoas jurídicas de direito privado, também exposta na Lei n. 14.125/2021, resultará na priorização de parte economicamente privilegiada da sociedade brasileira em detrimento da estratégia de saúde pública, que é a imunização de grupos prioritários, além de usurpar função outorgada pela Constituição Federal ao SUS, o que levará à violação dos direitos fundamentais constitucionais, notadamente o direito à vida e saúde, o princípio bioético de justiça, inserto nesse contexto como a distribuição correta dos recursos em saúde, e a tríade fundamental do SUS, materializada através do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação de COVID-19.

No desenvolvimento do presente artigo foram utilizados o método hipotético-dedutivo e, em relação ao procedimento, o método monográfico. Além do mais, a coleta dos dados através da pesquisa bibliográfica e documental, sobretudo na análise da Constituição Federal, normas

1 Medida Provisória n. 1.162/2022, publicada em 15/06/2022, revogou a Lei n. 14.125/2021. Segundo Ministro da Saúde e Advogado-Geral da União, o país atingiu patamar significativo com a vacinação pelo SUS: 100% dos grupos prioritários; 90,71% do público-alvo de 5 anos de idade ou mais (pelo menos com primeira dose); e, 81,07% da população com segunda dose. Inclusive, para 2022, há contratação de 220 mil doses de vacinas, com possibilidade de compra de mais de 110 mil. Assim, torna-se possível a aquisição dos imunizantes pela iniciativa privada sem doação ao SUS, como já ocorre com as demais vacinas (Brasil, 2021a).

infraconstitucionais, deliberações do Ministério da Saúde e manifestações da OMS.

Primeiramente, discorreu-se sobre o significado e cenário de pandemia causada pelo novo coronavírus, a imprescindibilidade das vacinas e insuficiência de recursos. Em seguida, partiu-se ao estudo dos direitos fundamentais, perpassando pelo direito à vida e saúde, bem como, deslindando acerca da tríade fundamental do SUS. Nessa seara, ao deparar-se com dilemas de escassez de recursos em saúde, objeto frequentemente tratado pela Bioética, analisou-se a contribuição do princípio da justiça. Ao final, correlacionou-se a pretensão e possibilidade de aquisição e distribuição das vacinas contra COVID-19 pelas empresas privadas e permissão legal através da Lei n. 14.125/2021, para responder ao problema de pesquisa definido.

1 A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E ESCASSEZ DE VACINAS CONTRA A COVID-19

A COVID-19 é a maior pandemia da história recente da humanidade, que foi causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Trata-se de uma infecção respiratória aguda, potencialmente grave e de distribuição global, que possui elevada transmissibilidade (Brasil, 2021b). O conceito moderno de pandemia, de acordo com a OMS, remete-se à determinada doença que se dissemina e alcança toda sociedade mundial e tem como ponto de partida “o momento em que uma epidemia (surto de doença que acomete certa região) dissemina-se para outras regiões do globo terrestre com transmissão de pessoa para pessoa” (Dutra; Gimenez, 2021, p. 22), o que aconteceu em 11 de março de 2020, mediante declaração da respectiva organização. Na ocasião, já existiam mais de 118.000 casos em 114 países e 4.291 pessoas haviam perdido suas vidas.

Insta salientar que a OMS, ao decretar a pandemia, avaliou que a dinâmica do vírus apresentou tanto uma rápida disseminação geográfica quanto uma nociva contaminação, personificando-se em crise de caráter sanitário e humanitário, sendo, portanto, imprescindível a produção de respostas rápidas e eficazes de combate ao vírus (Dutra; Gimenez, 2021). Na ocasião, o diretor da OMS também alertou os países para a necessidade de uma estratégia integral e combinada no combate da doença. O contágio acelerado, a lotação de hospitais e o cômputo alarmante de óbitos por causa do novo coronavírus exigiram, além de medidas de prevenção na propagação do vírus (Brasil, 2021c), a elaboração de alguma vacina eficiente para o combate da doença.

No final de dezembro de 2020, pelo menos 50 países iniciaram a vacinação, enquanto, no Brasil, não se tinha previsão sobre início da campanha (Homero; Mões, 2020). Apenas em 18 de janeiro de 2021 que a campanha nacional teve início (Brasil, 2021b), com vacinas autorizadas para uso emergencial² pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Além disso,

2 O uso emergencial é considerado um uso ainda experimental e por isso tem valor temporário, até que a vacina receba o registro definitivo no país. O uso emergencial de vacinas foi regulamentado pela Anvisa em 10 de dezembro de 2020, por meio da resolução (RDC) 444 (Brasil, 2021d).

elaborou-se operação de aquisição e fornecimento de vacinas global, o mecanismo Covax³, com objetivo de oferecer vacinas para 10% a 20% da população de cada país e, principalmente, distribuição equitativa do imunizante. Em março de 2021 o Brasil receberia mais de um milhão de vacinas contra a COVID-19 (Reis; Coelho, 2021).

Ocorre que o problema que se estabeleceu foi a escassez de vacina diante da ausência de insumos suficientes para produção. No Brasil, outro fator apontado para a escassez foi a negociação e aquisição tardia das vacinas pelo governo (Passarinho, 2021), e assim, consequente impossibilidade de imunização de toda a população.

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A respeito dos fatores que determinam a escassez de um recurso de saúde, Arimatea (2019, p. 20) indica, primeiramente, a emergência por uma nova tecnologia biomédica, e continua: “[...] O acesso à tecnologia é limitado inicialmente pela disponibilidade reduzida do recurso, que eventualmente pode demandar adaptações das estruturas de produção industrial em larga escala, além do alto custo envolvido no desenvolvimento de terapias inovadoras”. Em um cenário de pandemia, a escassez de recursos como a vacina também poderá estar intimamente ligada ao crescimento acelerado da demanda pelo recurso (Arimatea, 2019), que é justamente a situação da qual se depararam os países assolados pela COVID-19.

A OMS (2020a) indicou que, em contexto de escassez, as vacinas devem ser alocadas de forma a priorizar aqueles com maior risco de serem infectados e ficarem seriamente doentes, seguidos por aqueles que, se vacinados, impediriam a maior disseminação do vírus. Em razão disso, durante a 73ª Assembleia Mundial da Saúde, em 19/05/2020 a OMS (2020b) reconheceu o papel da imunização contra COVID-19 como um Bem Público Global (BPG) para a saúde, rogando por um acesso equitativo e uma distribuição justa para combater o vírus, especialmente para profissionais de saúde, idosos e outros grupos de risco.

Em julho de 2021, de acordo com o painel de mercado de vacinas do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2021), das vacinas que atingiram pelo menos a fase III dos ensaios clínicos, os laboratórios produziram 3,3 bilhões de vacinas até o final do primeiro semestre de 2021. As estimativas apontavam para a produção de um total de outras 5,1 bilhões de vacinas no segundo semestre de 2021, totalizando pelo menos 8 bilhões de doses de vacinas a serem produzidas até o final de 2021. De maneira retrospectiva, referido painel de mercado de vacinas do UNICEF (2021), mostra que essa estimativa foi alcançada e ligeiramente superada, de modo que os laboratórios produziram 9,25 bilhões de vacinas até o final de 2021.⁴ Considerando a população mundial em 7,87 bilhões de habitantes, as vacinas produzidas até o final de 2021 cobririam, no máximo, a imunização da população mundial com apenas 1 dose de vacina (enquanto o necessário são 2 doses).

Igualmente, o acesso às vacinas produzidas, e em perspectiva de produção, não foi

3 Parcerias entre a Coalizão para Promoção de Inovação em prol da Preparação para Epidemia (Cepi), da Aliança Mundial para Vacinas e Imunização (Gavi), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Pan-Americana da Saúde (Opas).

4 Em agosto de 2022, as estimativas para os anos de 2022 e de 2023, apontam para uma produção muito maior, respectivamente de um 28,14 bilhões e 29,89 bilhões de doses de vacinas (UNICEF, 2021).

igualitário. As informações do painel do UNICEF (2021), mostravam que, de um total de 21,5 bilhões de doses, 4,1 bilhões foram adquiridas exclusivamente à União Europeia; outras 3,56 bilhões de doses aos Estados Unidos; e apenas 750 milhões à União Africana, percebendo-se inclusive, que as compras das nações mais ricas eram suficientes para vacinar com quatro doses toda a população. Portanto, apesar das doses disponíveis até final de 2021, não se vislumbrou a aplicação de uma dose para cada pessoa no mundo. Complementarmente, no dia 4 de agosto de 2021 a OMS (2021) informou que das 4 bilhões de doses de vacinas administradas globalmente, mais de 80% foram para países de renda alta e média alta, embora esses representem menos da metade da população mundial. Os países de alta renda já administraram quase 100 doses para cada 100 pessoas. Enquanto países de baixa renda só conseguiram administrar 1,5 doses para cada 100 pessoas, devido à falta de abastecimento.⁵

Sob esse panorama internacional à época, segundo o UNICEF (2021), o Brasil confirmou encomendas de até 548 milhões de doses de vacinas a serem fabricadas e recebidas entre 2021 e 2022, número que seria suficiente para vacinar seus 213 milhões de habitantes com pelo menos duas doses. Apesar do bom número encomendado, os recebimentos foram pulverizados e não havia garantia sobre a data das entregas, sendo que até setembro de 2021 o país havia recebido, num misto de vacinas nacionais e importadas, apenas 320 milhões de doses (Brasil, 2021e)⁶. Além da preocupação com a negociação de vacinas, o Brasil acompanhou de perto relevante discussão que tomou o mundo a partir de agosto de 2021: a necessidade de terceira dose das vacinas já existentes para a COVID-19. A revacinação e a necessidade de uma terceira dose foram ingrediente novos que agravaram ainda mais a situação de escassez nacional do imunizante daquele enredo (Instituto Butantan, 2021).

Tendo em vista o cenário conturbado em busca da garantia de acesso às vacinas e do processo lento de imunização pretendida pelo Ministério da Saúde, as empresas privadas passaram a demonstrar interesse na aquisição, distribuição e comercialização dos imunizantes, o que levou à autorização legislativa mediante Lei nº 14.125 de 10 de março de 2021 (Brasil, 2021a). O tema será objeto de análise do último capítulo, ao passo que, primeiramente, impõe-se compreender sobre valores e critérios norteadores da ordem constitucional.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TRÍADE FUNDAMENTAL DO SUS

Segundo Sarlet, Marinone e Mitidiero (2021, p. 136), “[...] o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”, bem como, genuinamente, tratam e engrandecem o princípio da dignidade da pessoa humana. Para além de direitos relativos

⁵ Em 2022, a disparidade de acesso às vacinas entre países ricos e pobres se reafirma, a partir do mapa atualizado, apresentado por Opera Mundi (Vacinação [...], 2021), dos 54 países africanos, além dos percentuais baixíssimos de imunização das populações, apenas 4 países ultrapassam a marca de 50% dos habitantes vacinados.

⁶ Até agosto de 2022 foram aplicadas no Brasil 465 milhões de vacinas, num total de 673 milhões de doses encomendadas pelo país até o momento (UNICEF, 2021).

aos indivíduos, o elevado *status* revela que esses direitos “[...] participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação” (Mendes; Branco, 2018, p. 248), corroborando a ideia de um sistema de valores e influência sobre todo o ordenamento jurídico e na atuação dos três poderes constituídos.

Para Canotilho *et al.* (2018), algumas características foram atribuídas à Constituição de 1988, como o pluralismo e forte cunho dirigente. A primeira advém do aspecto compromissário que reuniu pretensões de diferentes tendências da época e reconheceu, lado a lado, grande rol de direitos sociais, liberdades individuais, direitos políticos, e demonstrando a adesão de diferentes teorias acerca de direitos fundamentais. O forte cunho dirigente diz respeito aos inúmeros dispositivos constitucionais que visam a implementação pelos poderes públicos de programas e tarefas, assim como, dada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a dimensão dirigente presente no aspecto objetivo desses direitos (Canotilho *et al.*, 2018).

Vale ressaltar que, conforme a teoria do direito constitucional dos direitos fundamentais, o Brasil adotou, além da noção do caráter subjetivo desses direitos, relativo às garantias individuais negativas ou positivas, o aspecto objetivo, manifesto pelo conjunto de valores e fins que direcionam a ação do poder público (Canotilho *et al.*, 2018). Essa dimensão é transcendente e multifuncional ao ordenamento jurídico na ordem constitucional e detém eficácia irradiante, repercutindo no direito infraconstitucional e nas relações particulares (Canotilho *et al.*, 2018). Algumas funções da perspectiva objetiva são apontadas por Canotilho *et al.* (2018), como o dever de proteção dos direitos fundamentais na atuação do Estado, nos procedimentos e organizações, a fim de auxiliarem a prestação estatal na efetivação da tutela e promoção desses direitos.

Nessa esteira, sobressaem-se, para as questões pertinentes a que se propõe o presente estudo, dois direitos fundamentais: vida e saúde, cuja importância e influência revelam-se através de seus desdobramentos. O mais fundamental de todos os direitos, visto que dá condição de existência aos demais, o direito à vida, previsto no *caput* do artigo **5º da Constituição Federal**, “[...] responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido a todos os demais direitos fundamentais” (Mendes; Branco, 2018, p. 383). Assim, o direito estampado tem duplo significado, conquanto se relacione com o direito de permanecer vivo e à **manutenção** de vida digna. Por consequência, o Estado detém duas atribuições: dever de cuidado com aquele que não tem ou pode subsistir com seus próprios recursos; e, mediante órgãos públicos ou privados, combater à desigualdade e manter o mínimo de vida digna (Moraes, 2021b).

À vista disso, o cumprimento do direito à vida deve se dar através de um aparato estatal para auxiliar as pessoas que não possam se sustentar por seus próprios meios, a fim de possibilitar uma vida saudável, como ocorre na “rede pública de hospitais, o Sistema Único de Saúde, de creches, de prestações como o seguro-desemprego, o bolsa família, e outros institutos brasileiros” (Canotilho *et al.*, 2018, p. 428). Não obstante, atenta-se para o fato de que o Estado, ao mesmo tempo, deve se fazer presente para garantir a inviolabilidade desse direito, como nas situações de “tumultos, revoltas, situações extremas e similares” (Canotilho *et al.*, 2018, p. 428).

Por sua vez, a saúde é direito fundamental. Consoante glossário de Promoção da Saúde da OMS (1998), saúde compreende bem-estar físico, mental e social, como também, possibilidade das pessoas se desenvolverem em todos seus aspectos, atuando como um meio e não como objetivo de vida. Dos dispositivos constitucionais pertinentes ao tema, sobretudo, importa dizer que: o dever de prestação da saúde é da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; o direito à saúde deve ser concretizado por meio de escolhas alocativas das políticas públicas, que devem distribuir recursos escassos mediante critérios distributivos, além da necessidade de se estabelecer sempre uma perspectiva programática em razão das novas descobertas, sejam de novos recursos em saúde, sejam de novas doenças ou o retorno destas; e, o acesso universal ao sistema de saúde, impondo responsabilidade solidária entre os entes da federação como também, mediante a Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 (Brasil, 1990), a garantia de igualdade à assistência à saúde (Mendes; Branco, 2018).

Apresenta Canotilho *et al.* (2018) duas dimensões do direito à saúde, que correspondem respectivamente à dimensão defensiva, em relação ao dever de proteção individual e pública, verificada através de normas penais e de vigilância sanitária, e a dimensão prestacional, relativa aos procedimentos em saúde encontrados na regulamentação e organização do SUS.

Indispensável, enfim, destacar que, em relação à emergência causada por pandemia, Moraes (2021a) sustenta que a efetivação da proteção da saúde deve se dar em total apoio ao SUS por todos os entes e níveis de governo. Além do mais, afirma que “o Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública [...]” (Moraes, 2021a, p. 951), mas chama a atenção para a necessidade de adoção de medidas recomendadas pela OMS pelos governos estaduais, distrital e municipal no combate à COVID-19, a ser editada pela autoridade jurisdicional competente.

Nessa seara, impende destacar o sistema de saúde adotado pelo estado brasileiro. Por ocasião da redemocratização e promulgação da constituição vigente, tendo em vista o dever do Estado em prover as condições necessárias ao exercício do direito à saúde, foi institucionalizado o SUS e suas respectivas ações e serviços, com o fim primeiro de assegurar universalidade e igualdade nos serviços e ações em saúde (Brasil, 1990). Assim, o SUS é obra da Constituição Federal de 1988 e garantia institucional fundamental, significa dizer, “a efetivação do direito à saúde deve dar-se em conformidade aos princípios e às diretrizes pelos quais foi constitucionalmente instituído e estruturado [...]” (Canotilho *et al.*, 2018, p. 558-559).

De acordo com a base cognitiva, ideativa e filosófica adotada pela Constituição Federal, para Matta (2007), são identificados três princípios elementares do SUS: universalidade, equidade e integralidade. O princípio da universalidade está estampado no artigo 196, que estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (Brasil, 1988), é marca desse sistema inovador, porquanto a proteção é universal, sem necessidade de demonstrar qualquer requisito prévio, diferenciando-se dos demais modelos pretéritos (Pivetta, 2013).

Além do mais, o caráter universal se apresenta “não apenas como direito à saúde garantido mediante políticas públicas, bem como aponta para a questão do direito à vida e à igualdade de

acesso sem distinção de raça, sexo, religião ou qualquer outra forma de discriminação do cidadão brasileiro” (Matta, 2007, p. 68). Assim, o autor conclui que, por esse princípio se depreendem dois sentidos fundamentais: o acesso universal às ações e serviços de saúde e condições de vida de caráter universal, que possibilitam boas condições de saúde.

Por sua vez, o princípio da equidade destacado é sintetizado pelo Sistema Universidade Aberta do SUS (UNA-SUS, 2015) como aquele que “norteia as políticas de saúde pública brasileira, reconhecendo necessidades de grupos específicos e atuando para reduzir o impacto das diferenças”. Para o SUS, a equidade se mostra no atendimento conforme as necessidades do indivíduo e por “reconhecer as diferenças nas condições de vida e saúde e nas necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelas diferenças sociais e deve atender a diversidade” (UNA-SUS, 2015).

Nesse sentido, a equidade se estabelece em regular as diferenças e, principalmente, na distribuição de recursos em saúde (Matta, 2007) e diversos aspectos devem ser considerados:

Primeiro, a saúde é uma das condições mais importantes da vida humana, por isso, a equidade na sua realização e distribuição integra o conceito mais amplo de justiça. Segundo, tendo em vista que o aspecto processual da justiça social e da equidade é importante, não devem ser consideradas apenas as desigualdades na realização da saúde, mas, também, na atenção sanitária. A terceira condição a ser observada é a de que a equidade em saúde não pode apenas se preocupar com a desigualdade em saúde e com atenção sanitária. Deve também levar em consideração como a saúde se relaciona com outras características, por meio da alocação de recursos e dos acordos sociais (Rocha, 2013, p. 56).

Por último, a ampliação de ações e serviços em saúde pelo sistema público têm relação com a integralidade, que exige atendimento completo pela rede pública e “compreende todas as dimensões de eficácia típicos dos direitos fundamentais, impondo ao Estado deveres de respeito, de proteção e de promoção” (Pivetta, 2013, p. 121). Ainda, a Lei do SUS especificou sobre a integralidade na assistência no seu artigo 7º, inciso II: “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).

Em resumo, destaca-se que a Constituição Federal: resguarda a vida como bem jurídico maior, garantindo sua inviolabilidade por meio do aparato estatal; proíbe tratamento desigual na aplicação da lei e possibilita diferenciações legislativas para efetivar os direitos fundamentais, submetendo a finalidade pretendida a critérios de proporcionalidade; e, confere dever de proteção à saúde pelo Estado, sobretudo, por meio do SUS. Por sua vez, a atuação do SUS impõe a observância dos seus três princípios basilares: universalidade, equidade e integralidade. Assim, a tríade fundamental expressa: acesso universal e universalidade de acesso à saúde; atendimento aos parâmetros de equidade, priorizando a maior vulnerabilidade; e alcance homogêneo e integral às necessidades dos indivíduos.

Apesar da ativa e essencial atuação do SUS e dos direitos fundamentais orientarem e sub-

meterem a atuação estatal, o tema de escassez de recursos transcende, à medida que a distribuição justa desses bens é discutida e orientada pela Bioética.

3 PRINCÍPIO BIOÉTICO DA JUSTIÇA

Conforme Muñoz e Muñoz (2003), a denominação bioética surge da necessidade de criação de uma disciplina que possa representar uma ponte entre a biologia e a **ética e em razão** do desenvolvimento tecnológico e dilemas morais para a biomedicina, principalmente, mediante a denúncia de experimentos científicos transgressores de valores éticos. Dentre as ocorrências, destaca-se o caso de Tuskegee, ocasião em que aos negros estadunidenses foi negada recente descoberta da penicilina, alegando a necessária observação da evolução natural da sífilis naquele grupo em favor da ciência. Grande discussão se iniciou e o princípio da justiça ganhou destaque, tendo sido elaborado o *Belmont Report*, que introduziu tal princípio à Bioética (Bonamigo, 2012). O relatório consagrou princípios universais para combater dilemas morais na pesquisa com humanos, consagrando a justiça no sentido de equidade social e na distribuição justa para dirimir conflitos sociais entre interesses particulares e da sociedade (Muñoz; Muñoz, 2003).

Mais tarde, a sistematização dos princípios da Bioética foi consolidada por Beauchamp e Childress e reorganizada em: beneficência, não maleficência, autonomia e justiça (Bonamigo, 2012). A teoria principialista desses autores, como ficou conhecida, foi alvo de críticas visto que, apesar da ideia de universalidade, privilegiava a autonomia e visava à resolução de número pequeno de casos, reconhecendo-se certa incompatibilidade de aplicação nos países latino-americanos, acometidos por situações persistentes de problemas bioéticos em grande escala, atribuído ao alto índice de exclusão social, como o Brasil (Garrafa, 2006). Apesar disso, ainda é a corrente mais conhecida no Brasil, motivo pelo qual foi a escolhida aqui.

Posteriormente, o princípio da justiça se revelou aplicável como critério de alocação de recursos escassos. Ou seja, o critério passou a ser utilizado para além das pesquisas científicas, dado o progresso da ciência, em sendo os recursos limitados, também na distribuição correta dos recursos em saúde (Bonamigo, 2012).

Conforme aponta Abreu (2018), os dilemas que acompanham a saúde são constantes e os recursos, tanto humanos como materiais, limitados, além do que, alguns fenômenos como a desigualdade social, podem intensificar os problemas. Dessa forma, sempre haverá importantes decisões na alocação de escassos recursos de saúde, impondo-se, reiteradamente, a problemática acerca de qual o critério mais justo a ser implementado (Abreu, 2018). Sendo assim, a Bioética tem papel fundamental na tomada de decisões em relação à distribuição de recursos escassos, conforme preceitua Arimatea (2019, p. 23), identificando “[...] categorias importantes para a tomada de difíceis decisões relacionadas à vida e propor um caminho justo para a deliberação individual e coletiva”.

Por seu turno, justiça, da perspectiva da Bioética, segundo Bonamigo (2012, p. 98), é:

“[...] dar a cada um aquilo que é seu; escolher equitativamente o sujeito da pesquisa e beneficiá-lo com os resultados obtidos; distribuir corretamente os recursos em saúde”. Para Beauchamp e Childress (2002) todas as concepções acerca de justiça levam em consideração aquilo que é justo, equitativo e apropriado, o que é devido às pessoas, benefícios ou encargos, dada suas propriedades ou circunstâncias particulares e a injustiça se instaura quando há negação às pessoas de direito a benefícios ou quando não se distribuem de modo equitativo os encargos.

O termo “justiça distributiva”, por sua vez, revela-se através da aplicação dos elementos de justiça dentro de uma sociedade e mediante normas justificadoras e estruturantes de cooperação social, enfrentando seus maiores dilemas diante de situações de escassez e competição. Nesse ponto, há necessidade de ponderação de vantagens e desvantagens, e a justeza na decisão está diretamente relacionada com os princípios de justiça, contudo não há um único princípio capaz de resolver esses problemas (Beauchamp; Childress, 2002).

Dessa maneira, no âmbito da saúde, “princípios e teorias de justiça são utilizados como critério para alocação correta de recursos” (Bonamigo, 2012, p. 98). Na visão de Beauchamp e Childress (2002) há apenas um princípio formal presente em todas as teorias de justiça e advém da contribuição de Aristóteles no que tange a dispender tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, sem estabelecer circunstâncias específicas para averiguar diferenças que ensejam tratamento diferenciado, por isso a necessidade dos princípios materiais. Estes identificam características relevantes e propriedades substantivas para tratamento e distribuição justa, foram assim propostos: “A todas as pessoas uma parte igual; A cada um de acordo com sua necessidade; A cada um de acordo com seu esforço; A cada um de acordo com sua contribuição; A cada um de acordo com seu merecimento; A cada um de acordo com as trocas de livre mercado” (Beauchamp; Childress, 2002, p. 355-356).

Como evidentemente manifesto, os princípios de justiça destacados acabam por se chocarem e se contradizerem, assim a distribuição de recursos recorre, dentro do conceito e cultura internos dos responsáveis pelas decisões, às Teorias de Justiça (Bonamigo, 2012). Ainda, convém destacar que, dentro de cada corrente, cada teoria busca estabelecer características pessoais em consonância com distribuições de benefícios e encargos que sejam moralmente aceitas e acabam divergindo acerca dos critérios materiais específicos empregados, classificadas em: utilitaristas, visam a maximização da utilidade pública; liberalistas, invocam procedimentos justos para preservar a liberdade social e econômica; comunitaristas, defendem a manutenção de critérios de justiça segundo a tradição; igualitaristas, sustentam critérios de acesso igualitário aos bens (Beauchamp; Childress, 2002).

Eleger uma teoria em detrimento de outra está intimamente relacionado com a força do argumento moral (Beauchamp; Childress, 2002). Ademais, as políticas de saúde tendem a aceitar princípios e teorias de justiça conforme suas ideologias e culturas, no entanto, destacam-se teorias atentas às desigualdades sociais e que, mediante intervenção do Estado, aplicam equidade na distribuição de recursos, atentando-se aos limites disponíveis à Administração Pública e às necessidades dos grupos e indivíduos (Bonamigo, 2012).

À vista disso, clara é a importância do princípio da justiça como parâmetro para a Bioética, a fim de guiar as decisões da Saúde Pública na distribuição correta de recursos escassos, dilema que sempre acompanhou os avanços da Medicina, no surgimento e ressurgimento de doenças e se mostra presente e emblemático para o combate à pandemia do novo coronavírus. Nesse caso, cabe à Bioética, voltada para problemas do cotidiano no campo da saúde, nortear sobre os valores que prevalecerão na orientação e na justa tomada de decisão sobre a priorização das necessidades de saúde a serem atendidas, bem como, aos limites a serem estabelecidos em caso de escassez de recursos (Fortes, 2010). Por fim, cada país optará pelos critérios convenientes e em consonância com sua doutrina, delegando ao Ministério da Saúde, diretamente envolvido na questão de alocação de recursos limitados, aplicar parâmetros internos de justiça (Bonamigo, 2012).

Não obstante a situação de urgência na imunização das populações que assolou a todos os países igualmente, impulsionando verdadeira corrida pela criação e obtenção de vacinas contra a COVID-19, o Brasil, como partícipe dessa corrida, demonstra dificuldades, sobretudo dada a limitação ao acesso de recursos escassos, no combate à doença através do SUS e, ao mesmo tempo, busca por aplicar critérios de justiça distributiva dada a premente necessidade de imunização e a disposição gradual de imunizantes. Assim, passa-se à análise da questão central desta pesquisa.

4 A AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO: UMA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO BIOÉTICO DE JUSTIÇA

Dentre as recomendações da OMS para conter a propagação do vírus, grande destaque foi dado ao isolamento social e à restrição de circulação. Sem previsão para imunização da população, o Ministério da Saúde emitiu a Portaria n. 356 de 11 de março de 2020, incluindo como medidas de saúde para o enfrentamento de emergência de saúde pública: isolamento, separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas que estejam em investigação clínica e laboratorial, com objetivo de evitar a propagação da infecção e transmissão local; e, quarentena, para garantir a manutenção dos serviços em saúde em local certo e determinado (Brasil, 2020a).

Por sua vez, a fim de evitar a paralisação e suspensão de suas atividades, as empresas adotaram algumas ações preventivas, como afastamento de empregados considerados do grupo de risco, medidas extras de higiene, trabalho domiciliar, concessão de férias e afastamento de empregados com sintomas. Contudo, naquele cenário ascendente de propagação do vírus, em maio de 2020, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) apontava que 76% das filiadas declararam que já haviam reduzido ou paralisado suas produções (Martello, 2020).

O agravamento da pandemia esgotou recursos de saúde e muitos Estados tiveram que adotar medidas drásticas, como fechamento de atividades não-essenciais e o toque de recolher à noite (*lockdown*). Como resultado, ao final do primeiro trimestre de 2021, a situação econômica e social brasileira era desoladora, frente ao resultado do Produto Interno Bruto (PIB) encolhendo

4,1% em 2020, taxa de desemprego atingindo 14% (a mais elevada da série histórica) e o país caminhando para se tornar o epicentro mundial da COVID-19 e atingir a marca de 3 mil mortes diárias (Conti, 2021). Diante da crise humanitária e sanitária instaurada, a economia brasileira restou sobremaneira impactada, justificando o interesse de entidades privadas na aquisição dos imunizantes para vacinação dos seus próprios funcionários, familiares e clientes (Miranda, 2021).

De outro lado, além do trágico cenário econômico clamando pela imunização em massa, grandes reivindicações passaram a exigir um posicionamento da administração pública federal. Vale destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 770, proposta em 09/12/2020 pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em face de ações e omissões do poder público federal no que tange à inexistência de um plano nacional e definitivo de imunização à época. No teor da decisão monocrática que concedeu liminar para conferir aos entes da federação maior autonomia no processo de vacinação, o ministro relator ressaltou entendimento do Supremo Tribunal Federal de que compete à União coordenar e executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em situações graves e incomuns que ultrapassem a capacidade do controle estadual do SUS e apresentem risco de disseminação nacional, e que cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Plano Nacional de Imunização (PNI). Contudo, dada a competência comum outorgada pela Lei Maior, frisou a necessidade de atuação conjunta das esferas estaduais e municipais (Brasil, 2021f).

Em consequência da ADPF n. 770, em 16/12/2020, o Ministério da Saúde elaborou a primeira edição do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (PNO), com objetivo de dar os instrumentos de operacionalização às instâncias gestoras para administrar as vacinas. O PNO previu que, para reduzir consideravelmente a doença, 85% ou mais da população precisaria ser imunizada, dependendo da eficácia de cada vacina. Para tanto, objetivou a redução da morbimortalidade causada pela COVID-19, estabelecendo grupos prioritários de vacinação (Brasil, 2021b).

Segundo o PNO, existem grupos de pessoas mais vulneráveis à gravidade da doença, ou seja, o risco não é uniforme, relacionando-se diretamente com situação sociodemográfica, presença de outras comorbidades e idade superior a 60 anos; além desses, foram reconhecidos como mais vulneráveis “pessoas em situação de rua, refugiados residentes em abrigos e pessoas com deficiência permanente, grupos populacionais que têm encontrado diversas barreiras para adesão a medidas não farmacológicas” (Brasil, 2021b, p.18). Pelo perfil dos hospitalizados, constatou-se que há maior risco para os internados de faixa etária entre 45 e 49 anos, aumento no risco de morte entre a faixa etária de 55 a 59 anos e dobro de chance para hospitalização e óbito para maiores de 60 anos comparado ao total de casos, aumentando esse número gradualmente quanto maior a faixa etária (Brasil, 2021b).

Em contrapartida, ao final de fevereiro de 2021, havia aproximadamente 17 milhões de doses disponíveis no Brasil (Brasil, 2021e) e, até 10 de março de 2021, 9.013.639 em primeira dose e 3.166.189 em segunda dose e dose única tinham sido aplicadas (Mapa [...], 2021). Foi neste contexto que a Lei n. 14.125/2021 foi sancionada, estabelecendo no art. 2º, §1º a possibilidade

de aquisição e distribuição de vacinas pelas pessoas jurídicas de direito privado, desde que os imunizantes tivessem “autorização temporária para uso emergencial, autorização excepcional e temporária para importação e distribuição ou registro sanitário concedidos pela Anvisa” (Brasil, 2021a), e que fossem totalmente doados ao SUS. Ao término da imunização dos grupos prioritários, a permissão ficou condicionada à doação de no mínimo 50% para SUS (Brasil, 2021a). A justificação que acompanhou o Projeto de Lei n. 534, que deu origem à Lei n. 14.125/2021, mencionava acerca da flexibilização para aquisição dos imunobiológicos, que não se poderia dispensar nenhuma hipótese de aquisição de vacinas ante o cenário de escassez dos imunizantes, esclarecendo que o intuito seria ampliar “a capacidade de compra e os canais de distribuição” (Brasil, 2021f, p. 2).

Descontentes com a limitação legal, grupo liderado pelos empresários Luciano Hang, e Carlos Wizard defenderam a desburocratização da aquisição e possibilidade das pessoas jurídicas de direito privado adquirirem e disponibilizarem vacina a seus colaboradores e familiares (Oliveira; Motter, 2021). No mesmo sentido, o juízo da 23ª Vara Federal do Distrito Federal concedeu liminar para autorizar a compra de vacinas por diversas entidades representativas da sociedade civil, pois entendeu que a referida Lei seria inconstitucional ao exigir a doação de 50% ao SUS, cuja decisão foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Brasil, 2021g). Por outro lado, em notas enviadas ao *Jornal Estadão* em 7/04/2021, ficou demonstrado que nenhum dos quatro fabricantes de vacinas contra a COVID-19 aprovadas no Brasil planejava negociar a venda do produto para o setor privado (Mengue, 2021).

Diante disso, instalou-se um problema ético: quem deve administrar e distribuir a vacina, bem escasso e essencial à vida, para o combate da pandemia de COVID-19? A aquisição e distribuição particular da vacina pelas entidades privadas configura medida justa?

Na visão da OMS, o processo justo para alocação de recursos indica promover valores éticos de transparência, inclusão, consistência e responsabilidade, afirmando que “em um processo justo, as decisões de alocação não devem ser feitas por indivíduos, por empresas farmacêuticas individuais, ou, no caso de alocação entre países, por um único país” (OMS, 2020a, p. 4, tradução nossa)⁷. E mais, a OMS defende que, diante de uma vacina segura e eficaz seria justificável priorizar as pessoas suscetíveis a maior risco e profissionais de saúde, mais propensos à transmissão.

No mesmo sentido, a vice-diretora geral da área de Medicamentos, Vacinas e Produtos Farmacêuticos da OMS, Mariângela Simão, em entrevista afirmou que a entidade é contrária à compra de vacinas pela iniciativa privada e que “O posicionamento da OMS tem sido a favor das medidas governamentais e do fornecimento de vacinas de forma equitativa por meio das iniciativas públicas, sejam elas internacionais ou nacionais” e finalizou informando que “a compra de vacina por empresa criaria novo degrau no acesso” (Serrano, 2021).

O chamamento da OMS para ação integrada entre os países no combate à pandemia demonstrou, além do posicionamento pela priorização na imunização de grupos de pessoas mais vulneráveis ou suscetíveis à doença, receio com o acesso desigual às vacinas diretamente

⁷ A fair process means that allocation decisions should not be made by individuals, by individual pharmaceutical companies, or, in the case of allocation between countries, by a single country.

relacionado com o poder econômico das nações. Assim, ao classificar o processo de imunização como um BPG, a OMS (2020c) demonstrou preocupação com a disseminação do vírus e o possível retardo da recuperação econômica global, buscando evitar que países de baixa e média renda perdessem suas vacinas. Em reforço, a UNESCO, em 24 de fevereiro de 2021, instou para que o mundo tratasse as vacinas como um BPG, a fim de garantir que elas fossem disponibilizadas de “forma equitativa em todos os países, e não apenas para aqueles que deram o maior lance por essas vacinas”.

Segundo (Kaul, 2003 *apud* Schutte, 2015), bens públicos globais “são bens cujos benefícios se estendem a todos os países, pessoas e gerações”. No entanto, foi (Samuelson, 1954 *apud* Schutte, 2015), em sua Teoria dos Bens Públicos, quem apresentou duas características econômicas fundamentais do BPG: a não-exclusão e o consumo sem rivalidades. A não-exclusão indica ser impossível que um indivíduo vacinado consiga excluir os outros indivíduos de se beneficiarem desse bem. Isso ocorre porque todos se beneficiam coletivamente quando um indivíduo é vacinado, evitando serem contaminados por ele. A não rivalidade, apesar de apresentar controvérsias, é identificada em um cenário em que o governo coordena a vacinação e garante o acesso para todos que estão ou podem estar em risco, pois o indivíduo que se vacina não impedirá que outros indivíduos utilizem esse bem. A rivalidade descaracteriza o BPG e pode ser facilmente compreendida em um cenário “em que não existem vacinas para todos e que ao mesmo tempo é permitida a sua comercialização, pois a vacinação passa a estar submetida ao princípio do consumo rival, ou seja, se um indivíduo a mais se vacina, outro deixa de ser vacinado” (Médici; Barros, 2003, p. 7), fazendo com que a vacina não chegue primeiramente aos que poderiam estar em risco, como anteviu a OMS.

Redefinir a vacinação como BPG significaria identificá-la como prioridade global compartilhada e necessária ação coletiva, abrindo as fronteiras das soberanias nacionais para garantir a integração e consideração de todos os interesses e reivindicações. Em especial, implicaria que países desenvolvidos não impusessem seus interesses privados e que as especificidades de países em desenvolvimento fossem realmente consideradas. Nesse ponto, dado o pluralismo de valores morais, parece um tanto quanto utópico imaginar que países como Estados Unidos, em que a distribuição de bens e serviços em saúde opera-se pelos ideais liberalistas de livre mercado (Beauchamp; Childress, 2002) e que rapidamente encomendaram total de vacinas muito superior à sua população, poderiam compactuar com uma cooperação e política global para tratar acerca de uma distribuição equânime dos imunizantes.

Por consequência, o problema se prorroga e escancara eminente desigualdade quando, ante as frequentes mutações do vírus, depara-se com surgimento de suas novas variantes e abre-se discussão acerca da aplicação de terceira dose da vacina, mesmo quando populações mais vulneráveis continuam, desde o início da pandemia, à mercê do vírus. Diante da predominante reincidência de recursos limitados, explica Arimatea (2019) que a superação em acessar cuidados de saúde é sucedida por novos desafios de escassez, padrão este que incumbe à sociedade encontrar meios de justa distribuição, baseada numa reflexão moral de valores e conceitos de justiça. Para o

autor, a Bioética tem papel fundamental nessas decisões, visto que busca identificar importantes categorias e oferecer métodos de resolução para encontrar um caminho justo, sobretudo, alicerçada por noções de justiça. Entretanto, apesar das diferentes abordagens existentes sobre justiça, decisões em recursos escassos de saúde importam necessariamente em escolhas trágicas, como também identificado pela OMS, e, à vista disso, impõe-se primordial a formação de um consenso, mediante formação de comitês e participação pública para discussão de dilemas éticos. No mesmo sentido, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos veio enfatizar o processo inclusivo nas decisões bioéticas (Arimatea, 2019).

Nota-se que, dilemas éticos são tratados de maneira singular e socorre-se à Bioética e aos princípios de justiça para identificar melhor forma de alocação de recursos escassos de saúde, sugerindo formação de comitês e participação ativa da sociedade, mas decisões dessa magnitude deixam, naturalmente, interesses e interferências privados de lado.

No Brasil, desde o início da campanha de vacinação, os imunizantes chegam gradualmente, impedindo imunização de toda população de uma única vez. A distribuição dos escassos imunizantes disponíveis se dá através do cumprimento do PNO mediante SUS, o qual foi elaborado seguindo diretrizes da OPAS e da OMS (Brasil, 2021b). Antes mesmo da promulgação da Lei n. 14.125/2021, o Comitê de Bioética do Hospital Sírio-Libanês se posicionou contrário à compra e distribuição dos imunizantes pelo setor privado, defendeu que, além de ceder aos parâmetros privados de distribuição, algumas empresas teriam privilégios e melhores condições econômicas para a aquisição, fato que acentuaria o desequilíbrio econômico e social da realidade brasileira e as pessoas com maiores riscos ou vulnerabilidade continuariam aguardando a vacina, sem saber quando ou se esta dose de fato chegaria. Por fim, refutou a alternativa, ao sugerir que instaurar-se-ia verdadeira corrida para compra das vacinas, levando a uma disputa entre empresas privadas e Estado, influenciando no preço desse recurso escasso e valioso (Hospital Sírio-Libanês, 2021).

O PNI é o responsável pelo processo de vacinação da população brasileira e, apesar de anterior, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e readequado a priorizar os princípios basilares do SUS. Por sua vez, a concepção do PNO, ao identificar grupos de pessoas mais vulneráveis e suscetíveis à doença, revela critério de justiça aplicado à distribuição das limitadas vacinas disponíveis contra a COVID-19.

Dessa forma, e consoante outrora aventado, dentro da soberania nacional empregar-se-á parâmetros internos de justiça e, através do SUS, aplica-se critério mais justo na alocação de recursos escassos em saúde. Isso porque, esse sistema visa proporcionar acesso universal às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer requisito prévio e abranger a todos sem distinção, dar efetividade à universalidade aplicando parâmetros equitativos ao reconhecer a imprescindibilidade de igualar grupos desiguais e integralizar diferentes necessidades.

Nesse raciocínio, as decisões, ações e serviços de saúde outorgadas constitucionalmente ao SUS, além de significarem efetividade ao direito fundamental à saúde, relevam a própria transcendência e influência dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à manutenção de vida digna, sobretudo com relação à subsistência, ao combate às desigualdades e como mecanismo

estatal para garantir a inviolabilidade de um mínimo de vida considerada digna, bem como, a notória presença da igualdade, tanto para nivelar indivíduos como para estabelecer distinções necessárias que resguardam e abrangem todos os direitos fundamentais.

Mais que isso, por meio do SUS cumpre-se com a perspectiva mais ampla de justiça para a Bioética ao representar correta distribuição de recursos em saúde, concretizada pela premissa maior de acesso equitativo às vacinas pelos indivíduos e levando em consideração as necessidades e particularidades de grupos mais sujeitos e expostos ao vírus e suas formas mais graves. Dessa forma, é possível identificar, sob uma perspectiva distributiva igualitária, o cumprimento do aspecto formal de justiça e especificação de propriedades substantivas, de acordo com critério de maior necessidade, a cumprir aspecto complementar material de justiça.

Na contramão, oportunizar às pessoas jurídicas de direito privado o manejo das vacinas, além de menosprezar a qualificação como bem público global, permite o desprezo de grupos diagnosticados como prioritários e predispostos às formas mais severas da doença, como também grupos sociais sujeitos ao esquecimento, por não se enquadrarem à iniciativa privada, mas encontrarem-se às margens desses interesses, como a população indígena e carcerária. Além do mais, significa ultrajar critérios de justiça distributiva e sistema constitucional de valores que visam garantir a dignidade da pessoa humana, sobretudo porque lesam o acesso universal e violam critérios de igualdade, mas passam a adotar apenas interesses particulares. Implica dizer ainda que, mesmo após o cumprimento da vacinação dos grupos previstos como de risco para o PNO e possibilidade legal conferida às empresas privadas mediante Lei n. 14.125/2021 de aquisição e distribuição de pelo menos 50% das vacinas adquiridas, a prerrogativa permanece destoante, visto que sempre haverá necessidade de estabelecer critérios justos, ou seja, grupos mais prioritários, competindo unicamente ao SUS a definição de critérios, capaz de identificar desequilíbrios e reduzir seus impactos, em conformidade com pressupostos constitucionais.

Por fim, importante compreender que, em harmonia à Constituição Federal, a fim de assegurar o mínimo de vida digna, igualdade de tratamento e efetivação da saúde, acham-se os critérios de justiça distributiva fornecidos pela Bioética que são invocados para cumprir parâmetros de universalidade, equidade e integralidade de acesso e em caráter absoluto para resolução de problemas de escassez de recursos em saúde.

CONCLUSÃO

A grave situação de pandemia do novo coronavírus levou os países a tratar com urgência o processo de vacinação, formando uma concorrência por esses imunizantes escassos. No Brasil, a campanha de vacinação contra a COVID-19 se iniciou apenas em janeiro de 2021, com foco nos grupos prioritários estabelecidos pelo PNO. As pessoas jurídicas de direito privado manifestaram interesse em participar da corrida pelas vacinas a fim de adquirir e distribuir, sob o argumento de colaborar no processo de imunização coletiva do SUS. A medida restou aprovada através da Lei n. 14.125 em 10 de março de 2021.

Desse modo, através do presente estudo, objetivou-se averiguar se a providência legalmente autorizada estaria em consonância ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo aos direitos constitucionais fundamentais à vida e saúde, ao princípio bioético de justiça e à tríade fundamental do SUS. Para tanto, mostrou-se demasiadamente importante perceber a preocupação e previsão da OMS em lidar com cenário de escassez de recursos, como a iniciativa Covax que veio justamente oferecer distribuição equânime dos imunizantes. Além da indicação de grupos prioritários, a OMS reconheceu o papel da imunização como BPG, a fim de possibilitar acesso justo e equitativo às vacinas. Contudo, silentes acerca desse reconhecimento, os países mais ricos adquiriram e reservaram elevado número de vacinas, muito além da quantidade suficiente para imunização das suas populações, prevalecendo a desigualdade econômica e social.

Ao buscar na Constituição Federal direcionamento para entender a quem compete manejar e aplicar com justiça recursos escassos em saúde, o caráter diretivo e transcendental dos direitos fundamentais constitucionais, principalmente em relação ao direito à vida e à saúde, importou sobremaneira tendo em vista a influência através de seus desdobramentos sobre ordenamento jurídico e atuação dos três poderes, principalmente: atribuição do Estado em prestar assistência e combater desigualdades para manter o mínimo de vida digna e proteção conferida à saúde, num aspecto preventivo e prestacional, concretizado por meio do SUS. Ademais, entendeu-se que, como garantia fundamental institucional, o SUS permite a efetivação do direito à saúde por meio dos seus princípios elementares de universalidade, equidade e integralidade.-

Além do mais, socorreu-se à percepção de justiça para a Bioética e verificou-se tratamento e orientação na justa tomada de decisão sobre a priorização das necessidades e limites estabelecidos em razão da escassez de recursos, assegurando, acima de tudo, o acesso equânime às vacinas pelos indivíduos e levando em consideração as necessidades e particularidades de grupos mais sujeitos e expostos ao vírus e suas formas mais graves.

A partir desses estudos foi possível confirmar a hipótese aventada; isso porque para as decisões de recursos escassos em saúde como a insuficiência de vacinas, e sobretudo à vista de um cenário impactante de pandemia, oportunizar às pessoas jurídicas de direito privado a aquisição e distribuição dos imunizantes, sob a Lei n. 14.125/2021, além de descon siderar orientação constitucional de critérios de justiça, usurpar função outorgada ao SUS, menosprezar percepção mais ampla de justiça para a Bioética e descon siderar a qualificação da vacinação como BPG, implicaria tornar mais evidente o desequilíbrio econômico e social da realidade brasileira, submetendo a população a critérios privados, principalmente descon siderando pessoas mais vulneráveis e suscetíveis à doença.

Sendo assim, o estudo se revela atual e importante tendo em vista potencial enfrentamento de novas pandemias, tendente a reincidir os debates em torno da distribuição de recursos escassos e interferência do setor privado, bem como, proposta da OMS em desenvolver tratado sobre pandemia a fim de vincular os países numa sistêmica global inclusiva de combate.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Uso emergencial**: como acontece a decisão. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 26 mar. 2021d. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/uso-emergencial-como-acontece-a-decisao>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020**. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 11 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão Requerente: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de fevereiro de 2021f. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Turma). **Suspensão de liminar de sentença n. 1010857-88.2021.4.01.0000**. Trata-se de requerimento de “suspensão de tutela antecipada” (ID 107663630, Pág. 2, fl. 5 dos autos digitais) apresentado pela UNIÃO e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, Requerente: União e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Relator: 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. Desembargador Presidente: Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 7 de abril de 2021g. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/04/decisaovacinas_070420215830.pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONTI, Thomas Victor. O país exige respeito; a vida necessita da ciência e do bom governo: carta aberta à sociedade referente a medidas de combate à pandemia. **Poder360**, Brasília, 21 mar. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/03/carta-aberta-medidas-de-combate-pandemia-com-assinaturas-21-mar-2021.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

OLIVEIRA, Felipe; MOTTER, Andressa. Luciano Hang e Carlos Wizard fazem pressão contra lei que obriga doação de vacina privada ao SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2021/03/luciano-hang-e-carlos-wizard-fazem-pressao-contra-lei-que-obriga-doacao-de-vacina-privada-ao-sus.shtml>. Acesso em: 24 mar. 2021

DUTRA, Gabrielle Scola; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. Bioética, saúde e pandemia COVID-19: a vacinação como estratégia de enfrentamento à crise sanitária e humanitária na sociedade mundial à luz do direito fraterno. *In*: MARTINI, Sandra Regina; ZALAZAR, Claudia. **Vacina como medida essencial de combate à pandemia**: perspectiva de direito fraterno, movimento entre os saberes a transdisciplinaridade e o direito. Córdoba: Essere nel Mondo, 2021. p. 22-32. Disponível em: <http://rediberoamericanadisa.com/wp-content/uploads/2021/02/e-book-vacina-1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. Bioeticistas e a priorização de recursos de saúde no

de empresas na vacinação contra a covid-19. **Sul21**, Porto Alegre, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2021/01/constituicao-violada-a-inconstitucionalidade-da-priorizacao-de-empresas-na-vacinacao-contra-a-covid-19-por-sandro-ari-andrade-de-miranda/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021a.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021b.

MUÑOZ, Daniel Romero; MUÑOZ, Daniele. Bioética: o novo caminho da ética em saúde. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 1-6, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/42216>. Acesso em: 11 ago. 2021

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Ethics and COVID-19**: resource allocation and priority-setting. Genebra: OMS, 20 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/ethics/publications/ethics-covid-19-resource-allocation.pdf?ua=1>. Acesso em: 13 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Listings of who's response to covid-19**. Genebra: OMS, 29 June 2020b. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covid-timeline>. Acesso em: 07 set. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Promoción de la salud**: glossário. Genebra: OMS, 1998. Disponível em: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO director-general's opening remarks at the member state information session on covid-19**. Genebra: OMS, 5 Aug. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-member-state-information-session-on-covid-19---5-august-2021>. Acesso em: 13 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO director-general's speech at the Paris peace forum panel: ACT-A: Covid-19 vaccines, tests and therapies, the global public good solution**. Genebra: OMS, 12 Nov. 2020c. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-speech-at-the-paris-peace-forum-panel-act-a-covid-19-vaccines-tests-and-therapies-the-global-public-good-solution---12-november-2020>. Acesso em: 7 set. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil. **BBC Brasil**, Londres, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial. 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

REIS, Elisa Meirelles; COELHO, Ester Correa. Brasil receberá as primeiras vacinas contra Covid-19 por meio do Mecanismo Covax neste domingo. **UNICEF**, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/brasil-recebera-primeiras-vacinas-contra-covid-19-por-meio-do-mecanismo-covax-neste-domingo>. Acesso em:

de empresas na vacinação contra a covid-19. **Sul21**, Porto Alegre, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2021/01/constituicao-violada-a-inconstitucionalidade-da-priorizacao-de-empresas-na-vacinacao-contr-a-covid-19-por-sandro-ari-andrade-de-miranda/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021a.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2021b.

MUÑOZ, Daniel Romero; MUÑOZ, Daniele. Bioética: o novo caminho da ética em saúde. **Saúde, Ética & Justiça**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 1-6, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/42216>. Acesso em: 11 ago. 2021

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Ethics and COVID-19**: resource allocation and priority-setting. Genebra: OMS, 20 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.who.int/ethics/publications/ethics-covid-19-resource-allocation.pdf?ua=1>. Acesso em: 13 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Listings of who's response to covid-19**. Genebra: OMS, 29 June 2020b. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covid-timeline>. Acesso em: 07 set. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Promoción de la salud**: glossário. Genebra: OMS, 1998. Disponível em: <https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO director-general's opening remarks at the member state information session on covid-19**. Genebra: OMS, 5 Aug. 2021. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-member-state-information-session-on-covid-19---5-august-2021>. Acesso em: 13 ago. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO director-general's speech at the Paris peace forum panel: ACT-A: Covid-19 vaccines, tests and therapies, the global public good solution**. Genebra: OMS, 12 Nov. 2020c. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-speech-at-the-paris-peace-forum-panel-act-a-covid-19-vaccines-tests-and-therapies-the-global-public-good-solution---12-november-2020>. Acesso em: 7 set. 2021.

PASSARINHO, Nathalia. 3 erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil. **BBC Brasil**, Londres, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico constitucional, políticas públicas e controle judicial. 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

REIS, Elisa Meirelles; COELHO, Ester Correa. Brasil receberá as primeiras vacinas contra Covid-19 por meio do Mecanismo Covax neste domingo. **UNICEF**, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/brasil-recebera-primeiras-vacinas-contr-a-covid-19-por-meio-do-mecanismo-covax-neste-domingo>. Acesso em:

24 mar. 2021.

ROCHA, Renata Oliveira. **Bioética e direito à saúde**: reflexões sobre o compartilhamento democrático das tecnologias médicas avançadas. 2013. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONE, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021.

SCHUTTE, Giorgio Romano. Bens públicos globais: entre a diplomacia multilateral e a soberania nacional. *In*. ENCONTRO NACIONAL ABRI, 5., 2015, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: PUC - Minas, 2015. p. 1-17. Disponível em: <http://www.encontronacional2015.abri.org.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhemFtcyI7czozNToiYTToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjQ6IjQ2NjQiO30iO3M6MToiaCI7czozMjoiMjBhN2RhZjIxN2YzMTcxMjEyYjJjY2Y3Mjk3ZjA0NzkiO30%3D>. Acesso em: 14 out. 2021.

SERRANO, Layane. Vice-diretora da OMS: ‘compra de vacina por empresa cria novo degrau no acesso’. **CNN BRASIL**, São Paulo, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/04/07/vice-diretora-da-oms-critica-compra-de-vacina-por-empresa-novo-degrau-no-acesso>. Acesso em: 5 ago. 2021.

UNA-SUS - UNIVERSIDADE ABERTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Você sabe o que é equidade? **UNA-SUS**, Brasília, DF, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/voce-sabe-o-que-e-equidade>. Acesso em: 21 ago. 2021.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **UNESCO calls for covid-19 vaccines to be considered a global public good**. Paris, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/unesco-calls-covid-19-vaccines-be-considered-global-public-good>. Acesso em: 7 set. 2021.

UNICEF - FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Covid-19 vaccine market dashboard: an interactive tool for partners, manufacturers, and countries to follow the developments of the COVID-19 vaccine market with up-to-date information. Nova Iorque: UNICEF, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/supply/covid-19-vaccine-market-dashboard>. Acesso em: 2 ago. 2022.

VACINAÇÃO da África: veja como está a imunização contra covid-19 no continente. **Opera Mundi**, São Paulo, 27 mar. 2021. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/coronavirus/68829/vacinacao-na-africa-veja-como-esta-a-imunizacao-contra-covid-19-no-contidente>. Acesso em: 2 ago. 2022.

Recebido em: 16/11/2022

Aceito em: 28/03/2023

TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL

THEORY OF DIRECT HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR RECOGNITION IN BRAZIL ANALYSIS

*Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, Aprovação PGE, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior.

**Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília/SP - PPGD/UNIMAR. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura de Campinas/SP. E-mail: anaacpcadv@gmail.com

Rafael José Nadim de Lazari*
Ana Carolina Pazin Costa**

Como citar: LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 54-67, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.54-67. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo tem o objetivo de analisar a eficácia dos direitos fundamentais, o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade no Brasil, haja vista a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para isto, a primeira parte apresenta a eficácia dos direitos fundamentais, pontuando sobre o seu conceito e outras particularidades, além de elencar as espécies do gênero eficácia como a eficácia vertical e a eficácia horizontal - compreendendo, esta última, a eficácia diagonal. Posteriormente, discorre o estudo sobre as principais teorias existentes a justificar a (in)eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, que são a doutrina da *state action*, a eficácia horizontal indireta e a eficácia horizontal direta. Por último, trata sobre o reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal direta no Brasil, identificando alguns exemplos significativos na jurisprudência brasileira e, por consequência, expõe as conclusões. Em relação à metodologia de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, através da leitura e análise documental, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: eficácia horizontal; direitos fundamentais; teorias.

Abstract: The article aims to analyze the effectiveness of fundamental rights, their recognition and their applicability in Brazil, given the constitutional provision in the sense that the rules defining fundamental rights and guarantees have immediate

application. For this, the first part presents the effectiveness of fundamental rights, pointing out their concept and other particularities, in addition to listing the species of the effectiveness genre such as vertical effectiveness and horizontal effectiveness - the latter comprising diagonal effectiveness. Later, it discusses the main existing theories to justify the (in)effectiveness of fundamental rights to private relations, which are the doctrine of state action, indirect horizontal effectiveness and direct horizontal effectiveness. Finally, it deals with the recognition and applicability of the theory of direct horizontal effectiveness in Brazil, identifying some significant examples in brazilian jurisprudence and, consequently, presenting the conclusions. Regarding the research methodology, we opted for the deductive method, through documental, bibliographical and jurisprudential reading and analysis.

Keywords: horizontal effectiveness; fundamental rights; theories.

INTRODUÇÃO

O artigo pretende examinar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares, o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade no Brasil, haja vista a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para tanto, no que tange à metodologia, utiliza-se o método dedutivo, mediante a leitura e a análise documental, bibliográfica e jurisprudencial.

O objetivo do artigo é definir o que se entende por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, discorrer sobre as suas principais teorias, bem como identificar - ou possivelmente exemplificar - qual(is) teoria(s) a jurisprudência brasileira tem reconhecido e aplicado em casos concretos nos últimos anos. Justifica-se porque a Constituição Federal, constituída em Estado Democrático de Direito, contém um pluralismo de valores fundamentais que devem ser observados para tutelar efetivamente o preceito máximo da dignidade da pessoa humana.

Na primeira parte, apresenta a eficácia dos direitos fundamentais, tratando da sua definição e de outras especificidades, além de pontuar sobre a eficácia vertical (Estado-cidadão) e a eficácia horizontal (cidadão-cidadão) que são espécies do gênero eficácia, englobando, esta última, a eficácia diagonal (cidadão-cidadão com diferentes níveis - exemplo: relação de consumo ou trabalhista) como subespécie.

Na segunda parte, discorre - sinteticamente - sobre as principais teorias existentes a justificar a (in)eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo elas a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal, a eficácia horizontal indireta ou mediata e a eficácia horizontal direta ou imediata.

Na terceira parte, ante a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata, trata sobre o reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal direta no Brasil, elencando alguns exemplos significativos na jurisprudência brasileira. No final, expõe as conclusões da análise.

1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de examinar propriamente as teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é importante ter em mente que há diversas espécies do gênero “*direitos e garantias fundamentais*” na Constituição Federal de 1988 e que, em regra, as normas que consagram esses direitos fundamentais têm eficácia e aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º, da CF (Brasil, 1988). Todavia, é oportuno dizer que os direitos fundamentais “[...] não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos [...]”, sob pena de violar o próprio Estado Democrático de Direito (Moraes, 2021, p. 61).

A propósito, nas palavras de Daniel Barile da Silveira (2007, p. 89), pelo fato de o Estado

democrático de Direito derivar de uma multiplicidade de valores (normas e princípios), quando ocorre um conflito aparente no âmbito judicial, não pode o Estado, por si só, impor a anulação de alguns e a exaltação excessiva de outros, pois, nesse caso, na ausência de análise do caso concreto mediante a ponderação de interesses, poderia sobrevir sérias desigualdades carimbadas pelos órgãos Estatais; isso porque, na “[...] colisão de princípios, como resultado, um deve prevalecer sobre o outro - através do balanceamento para se determinar aquele que possui maior peso”, na visão de Alexy (Silveira, 2006, p. 60).

Feita essa introdução, indaga-se: o que se entende por eficácia dos direitos fundamentais? Para isto, parte-se da proposição de que a Constituição possui várias funções e, entre elas, estão tanto a limitação do poder pelas autoridades, quanto um catálogo de direitos fundamentais mínimos que devem ser observados sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. É neste aspecto que surge a eficácia¹ dos direitos fundamentais, a qual se divide em dois grandes grupos, a saber, a eficácia vertical e a eficácia horizontal (abarcando, esta última, a eficácia diagonal).

A eficácia vertical dos direitos fundamentais parte da relação entre a sociedade e o Estado e verifica-se quando há o dever de prestação positiva estatal, como no caso dos direitos sociais de moradia e educação (pois o Estado deve, além de proteger os direitos de liberdades individuais, realizar os direitos sociais). Segundo Angela Aparecida Oliveira Sousa e Rafael de Lazari (2021, p. 45), “[...] trata-se da relação mais antiga, visto que em épocas passadas, a aplicabilidade dos direitos fundamentais somente se dava nas relações entre o particular e o Estado a qual era subordinado”. Além disso, entende-se que a eficácia vertical se refere à “[...] limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco)” (Leite, 2011, p. 36). Nesse aspecto, por fim, Robert Alexy (1993, p. 511) leciona que “[...] *la relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental*”².

Por outro lado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - também nomeada de *drittwirkung*, de eficácia privada dos direitos, efeito externo ou, ainda, efeito perante terceiros - consiste nos direitos que podem ser exigidos perante terceiros, como os direitos individuais de propriedade, honra e imagem (e outros), pois trata-se de relação entre cidadão e cidadão. Assim, “[...] tem-se que os direitos fundamentais não se aplicam somente ao elo estabelecido entre o Estado e o cidadão, mas também entre este e outro na mesma condição” (Sousa; Lazari, 2021, p. 45-46). Ademais, “[...] pela ótica objetiva os direitos fundamentais são vistos não como pertencentes apenas ao indivíduo, mas a toda sociedade, já que cuida de valores e fins que toda a comunidade deve respeitar” (Pereira, 2009, p. 96-97); isso porque “[...] *la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales*”³, segundo Robert Alexy (1993, p. 511).

1 “A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma” (Leite, 2020, p. 23).

2 Nossa tradução: “[...] a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de um direito fundamental e um não titular de um direito fundamental”.

3 Nossa tradução: “[...] a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais”.

Nesse sentido, Wilson Steinmetz e Cristhian Magnus de Marco (2014, p. 510) sustentam que:

Os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente todos os Poderes Públicos. Da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, assim entendidas, resulta que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também sobre as relações entre os cidadãos (relações de direito privado). Em suma, produzem efeitos sobre o sistema jurídico como um todo.

Neste patamar, insere-se a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, subtipo da espécie horizontal, uma vez que se aplica entre os cidadãos (particulares) em situação de subordinação e/ou em diferentes níveis, como ocorre nas relações de consumo e trabalhista - assim, dada a possibilidade de desequilíbrio, é necessária a proteção dos mais vulneráveis envolvidos nas relações (Sousa; Lazari, 2021, p. 45-46).

Percebe-se, pois, que no cenário contemporâneo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é derivada da evolução da hermenêutica constitucional, visto que proporciona a interpretação das relações entre particulares com observância do texto constitucional (quer dizer, a integração do direito privado aos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, razão pela qual tal fenômeno pode ser denominado de “*constitucionalização do direito privado*”) (Carvalho; Lima, 2015, p. 12). Logo, “[...] a Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico” (Ramos, 2016, p. 292), já que a eficácia horizontal viabiliza o “[...] reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares” (Tartuce, 2020, p. 53).

2 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há várias teorias que buscam explicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo as principais: a teoria da ineficácia horizontal ou doutrina da *state action*; a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata; e a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata. Assim, faz-se oportuno discorrer, em síntese, sobre as teorias existentes, bem como, em sequência, pontuar sobre o seu reconhecimento e sua eventual (in)aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da ineficácia horizontal ou da doutrina da *state action* (*the theory of inapplicability or the theory of State Action*⁴) tem origem nos Estados Unidos e está associada ao caso *Company*

4 “A constitucionalização é um processo pelo qual as normas constitucionais penetram nos demais ramos do ordenamento, já que trazem em seu bojo o norte essencial ao desenvolvimento de um ordenamento jurídico único e coeso. Assim, obedecendo aos parâmetros traçados constitucionalmente, as demais leis infraconstitucionais se embebedam nas proposições de justiça apostas pelo legislador constitucional, as quais nada mais são que a vontade do povo” (Albuquerque, 2011, p. 67).

5 “Being predominantly accepted in the United States, this thesis has its basis in liberal view. This theory denies

Town, sendo considerada fruto da tradição liberal, uma vez que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares sob o fundamento de que tal mandamento decorre - única e exclusivamente - de ato governamental; no entanto, a teoria deve ser interpretada de forma relativizada, pois a Suprema Corte já se posicionou de forma contrária à negação, quer dizer, a depender do caso concreto a Corte entende ser cabível a proteção especial aos particulares - a chamada eficácia horizontal (Sousa; Lazari, 2021, p. 46). Nesse raciocínio, “[...] ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action*⁶ tem como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 19).

Apesar de o entendimento de que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, ficando a exceção por conta da 13ª emenda que proibiu a escravidão (Lazari, 2021, p. 374), a doutrina da *state action* conserva a autonomia dos Estados, sob o fundamento de que a competência para legislar sobre direito privado nos Estados Unidos cabe aos Estados e, não, à União (Carvalho; Lima, 2015, p. 14). Assim sendo, percebe-se que a justificativa da ineficácia horizontal está ligada à literalidade do texto constitucional e ao pacto federativo, pois encontra fundamento na preservação da autonomia dos Estados, com o fim de impedir que as cortes federais intervenham nas relações privadas, blindando os particulares contra os arbítrios estatais. Trata-se de uma teoria minoritária e restrita, em tese, aos EUA (Lazari, 2021, p. 374-375).

Em outro patamar, encontra-se a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, também denominada de *la eficacia mediata* (*la teoría de la mittelbare Drittwirkung*⁷ ou *the theory of indirect*

primarily linking the special relationship to fundamental rights. However, a closer study of the concepts and application of this theory reveals a contradiction between the theoretical and the practical. It is an apparent denial of the link, but that case law, is revealed as effectiveness of Fundamental Rights in interpersonal relations, [...]. Because of this apparent denial of the binding, the Theory of State Action found a loophole to apply the fundamental rights in relations between individuals. This device is to give the state responsibility for acts of private order, or even make the assimilation of these through acts public policy. Through this legal fiction, the scholars of the Theory of State Action can solve, albeit unsystematic way, equating the dilemma of knowing when a private action has possibility to compare or even be transformed into public action” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 56-57). Nossa tradução: “Sendo predominantemente aceita nos Estados Unidos, esta tese tem sua base na visão liberal. Essa teoria nega principalmente vincular a relação especial aos direitos fundamentais. No entanto, um estudo mais aprofundado dos conceitos e aplicação desta teoria revela uma contradição entre o teórico e o prático. É uma aparente negação do vínculo, mas essa jurisprudência, revela-se como efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações interpessoais, [...]. Por causa dessa aparente negação da vinculação, a Teoria da Ação do Estado encontrou uma brecha para aplicar os direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos. Esse dispositivo consiste em atribuir ao Estado a responsabilidade por atos de ordem privada, ou mesmo fazer a assimilação destes por meio de atos de ordem pública. Por meio dessa ficção jurídica, os estudiosos da Teoria da Ação Estatal podem resolver, ainda que de forma assistemática, equacionar o dilema de saber quando uma ação privada tem possibilidade de se comparar ou mesmo se transformar em ação pública”.

6 “[...] o ‘*state action*’, define que qualquer ação privada que cause lesão em direitos fundamentais, será instrumento de controle judicial” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 18).

7 “*La mittelbare Drittwirkung es producto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el Estado tiene la obligación ya no sólo de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares, sino también de garantizar su efectividad en las relaciones privadas, en tanto que los derechos fundamentales son ahora valores objetivos del ordenamiento jurídico. La forma en que el Estado concretizará este deber de hacer efectivos los derechos fundamentales (como valores objetivos) en las relaciones privadas, será mediante sus órganos. En primer lugar a través del legislador y de manera subsidiaria con la intervención del juez” (ANZURES GURRÍA, 2010, p. 06). Nossa tradução: “A mittelbare Drittwirkung é um produto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o Estado tem a obrigação não apenas de se abster de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, mas também de garantir sua efetividade nas relações privadas, enquanto os direitos fundamentais passam a ser valores objetivos do sistema jurídico. A forma pela qual o Estado concretizará esse dever de efetivação dos direitos fundamentais (como valores objetivos) nas relações privadas, será por meio de seus órgãos. Em primeiro lugar através do legislador e de forma subsidiária com a intervenção do juiz”.*

*applicability of mediate effectiveness*⁸), que advém da teoria adotada pelos alemães - *Mittelbare Drittwirkung* -, tendo Günter Dürig como o principal defensor em 1956 (Lazari, 2021, p. 375). Tanto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quanto grande parte da doutrina adotam a referida teoria (Novelino, 2019, p. 321), sob o fundamento de que:

[...] aplicar os direitos fundamentais de forma direta levaria a uma desfiguração da base do direito privado pelo extermínio da autonomia privada da vontade, gerando uma hipertrofia normativa constitucional e, conseqüentemente, um poder incomensurável aos magistrados, em vista do grau de indeterminação das normas definidoras dos direitos constitucionais. Pelo exposto, a teoria da aplicação indireta negaria uma força normativa vinculante da Constituição, tendo o condão, simplesmente, de irradiar suas limitações e ditames à legislação civil, a qual regularia diretamente as relações privadas (Carvalho; Lima, 2015, p. 14).

Para esta segunda teoria, cabe ao legislador aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, pressupondo que tais direitos não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, às relações interprivadas. Isto é, é necessário que haja uma intermediação por meio das cláusulas gerais e/ou dos conceitos jurídicos indeterminados; frisa-se, entretanto, que a intermediação⁹ através do Poder Legislativo é pressuposto relativo e, não, absoluto, haja vista a possibilidade de ponderação direta na via judicial (Ramos, 2016, p. 294). Flávio Tartuce (2020, p. 54) denomina as cláusulas gerais de “[...] ponte infraconstitucional para as normas constitucionais”. Nesse raciocínio, José Juan Anzures Gurría (2010, p. 6) sintetiza que:

[...] lo que propone la Drittwirkung mediata, es que el legislador, con base en el principio de proporcionalidad, regule el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, y en caso de ausencia legislativa, el juez resuelva el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales entendidos como valores sobre las normas de derecho privado¹⁰.

Entende-se, então, que os direitos fundamentais são normas objetivas de princípios (Lazari, 2021, p. 376), uma vez que tais direitos não podem ser aplicados imediatamente a partir

8 “[...], this thesis draw up na effect model of fundamental rights in private relations which allows the binding occurs through the intermediation of norms and principles peculiar to private law in the form of general provisions and indeterminate concepts. That is, so there is linkage of fundamental rights in private relationships, the theory effectiveness mediately, demand the existence of ‘bridges’ between the public law and private in the form of the general clauses or indeterminate concepts” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 56-57). Nossa tradução: “[...], esta tese elabora um modelo de efetivação de direitos fundamentais nas relações privadas que permite que a vinculação ocorra por intermédio de normas e princípios próprios do direito privado na forma de disposições gerais e conceitos indeterminados. Ou seja, para que haja vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria efetiva mediata, demanda a existência de ‘pontes’ entre o direito público e o privado na forma de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados”.

9 José Juan Anzures Gurría (2010, p. 01) sustenta que “[...] la forma en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas será mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos”. Nossa tradução: “[...] a forma como os direitos fundamentais desdobram seus efeitos nas relações privadas será por meio da intervenção de um órgão do Estado, concebendo os direitos como valores objetivos”.

10 Nossa tradução: “[...] o que propõe a Drittwirkung mediata é que o legislador, com base no princípio da proporcionalidade, regule o alcance dos direitos fundamentais nas relações particulares, e em caso de ausência legislativa, o juiz resolva o caso concreto tendo em conta a influência dos direitos fundamentais entendidos como valores sobre as regras do direito privado”.

da Constituição por não ingressarem no âmbito privado como direitos subjetivos constitucionais (Novelino, 2019, p. 321); caso contrário, poder-se-ia aniquilar por completo a autonomia da vontade e extinguir o direito privado. Isso significa que os direitos fundamentais são aplicados de forma reflexa, seja no âmbito da dimensão proibitiva (onde o legislador não pode editar leis que violem os direitos fundamentais) ou no âmbito da positiva (onde o legislador implementa e/ou concretiza tais direitos, especificando quais se aplicam às relações particulares) (Lenza, 2015, p. 1.151). Portanto, infere-se da teoria da eficácia indireta que os direitos fundamentais não são aplicados diretamente às relações interprivadas, sob o risco de gerar supressão da autonomia privada; todavia, cabe ao direito privado, através das cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados, efetivar os direitos fundamentais (Bello Filho, 2014, n. p).

Em compensação, a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata - ou, também, denominada de *la eficacia inmediata (la teoría de la unmittelbare Drittwirkung*¹¹ ou *the theory of direct application or immediate effect*¹²) -, desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey¹³ na década de 1950, mas adotada em Portugal, na Espanha e na Itália (Lazari, 2021, p. 376), opta por ressignificar a dicotomia público-privado no que tange à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares (Carvalho; Lima, 2015, p. 18). Isso porque a teoria da eficácia direta “[...] *entiende que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por ello no hace falta la intervención de ningún órgano estatal*”¹⁴ (Anzures Gurría, 2010, p. 1).

A teoria da eficácia imediata tem como fundamento a supremacia da Constituição voltada à dignidade da pessoa humana, haja vista a prescindível intermediação legislativa. Entretanto, há críticas doutrinárias nos sentidos de que: tal teoria deve ser aplicada com parâmetros/ponderação, sob pena de ocasionar a desfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; ameaça à sobrevivência da autonomia privada (conceito essencial para o direito civil); e a incompatibilidade com os princípios democrático, da separação dos Poderes e da segurança jurídica (Novelino, 2019, p. 321). Logo, constata-se que a teoria direta ou imediata consiste na aplicação expressa e direta dos direitos fundamentais às relações privadas, independente de existência de cláusulas gerais e/ou de intervenção do Poder Legislativo, haja vista o comando constitucional.

Por certo, todas as teorias mencionadas (doutrina da *state action*, mediata e imediata) devem ser analisadas de forma relativa - e, não, absoluta -, uma vez que são capazes de produzir resultados

11 “*La unmitelbare Drittwirkung defiende que los derechos fundamentales no son valores sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea necesaria la mediación de un órgano estatal*” (ANZURES GURRIÁ, 2010, p. 08). Nossa tradução: “A unmitelbare Drittwirkung defende que os direitos fundamentais não são valores, mas verdadeiros direitos subjetivos contidos na Constituição e, como tal, diretamente exigíveis pelo indivíduo que os detém contra seus pares, sem que seja necessária a mediação de um órgão estatal”.

12 “*In direct application of fundamental rights, the particular conflict can evoke such rights without the need to find any ‘bridges’ or ‘gateway’ originated in Private Law, since to his theory Fundamental Rights are considered as subjective rights of individuals in the development of their relations. This means affirming the real possibility for individuals to assert fundamental rights against other individuals*” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 55). Nossa tradução: “Na aplicação direta de direitos fundamentais, o conflito particular pode evocar tais direitos sem a necessidade de encontrar quaisquer ‘pontes’ ou ‘portais’ originadas no Direito Privado, pois para sua teoria os Direitos Fundamentais são considerados direitos subjetivos dos indivíduos no desenvolvimento de suas relações. Isso significa afirmar a possibilidade real de os indivíduos fazerem valer direitos fundamentais contra outros indivíduos”.

13 Presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão.

14 Nossa tradução: “[...] entende que os direitos fundamentais são verdadeiros direitos subjetivos e, portanto, não há necessidade da intervenção de qualquer órgão estatal”.

práticos semelhantes, pois, apesar de suas particularidades, partem do pressuposto genérico de que a (in)eficácia da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não pode aniquilar a autonomia privada, sob pena de infringir outros direitos e valores constitucionais e legais. Dessa forma, é possível afirmar que as teorias não se excluem, pelo contrário, se complementam a depender da análise no caso concreto.

3 RECONHECIMENTO E APLICABILIDADE DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º), o que permite o reconhecimento e a aplicabilidade do gênero eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto trata-se de filtragem constitucional que concebe a constitucionalização do direito *infraconstitucional*. Não obstante, há quem diga que apesar de a Constituição tutelar os direitos e garantias fundamentais, não é expressa no sentido de que tais institutos estão vinculados - direta ou indiretamente - às relações privadas (Viegas; Nascimento, 2017, p. 23).

De passagem, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019, p. 149), em uma análise dos custos dos direitos, ministram que toda liberdade privada tem um custo público, pontuando que isso não vale somente para os direitos sociais como direito à aposentadoria, à assistência médica e à alimentação, mas para os direitos individuais como o direito à liberdade contratual, à liberdade de expressão e à propriedade privada. Ademais, ante os efeitos jurídicos (des)conhecidos, o custo dos direitos visa tanto proteger as questões de equidade e justiça distributiva quanto de transparência democrática e prestação de contas no processo de destinação de recursos (Holmes; Sunstein, 2019, p. 149).

Pois bem. De acordo com a maioria da doutrina (como Flávio Tartuce, Rafael de Lazari e outros), o ordenamento jurídico brasileiro reconhece e aplica a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, ainda que de forma “tácita”, com alicerce no §1º, do art. 5º, da Constituição Federal. De certo, reconhecer e aplicar o instituto da eficácia horizontal direta (dimensão objetiva) dos direitos fundamentais às relações particulares advém do caráter normativo da Constituição (Pereira, 2009, p. 99). Nesse raciocínio:

Tomados os direitos fundamentais como princípios, ou como *standarts* jurídicos, ou seja, como cláusulas que, além de eficácia objetiva e subjetiva, trazem valores constitucionais a vigerem sobre todas as relações jurídicas da sociedade, não há como afastá-los da incidência sobre relações entre particulares. Ao admitir-se a eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, portanto, a sua *drittwirkung*, o que se está permitindo é a equiparação de valores como a liberdade, a autonomia privada, o desenvolvimento, o livre desenvolvimento da personalidade à preservação ambiental. Aplicar

horizontalmente o direito ao ambiente nada mais é do que definir em que medida o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado pode limitar a aplicação de outros direitos que lhes são incompatíveis (Bello Filho, 2014, n. p).

Sob outra perspectiva, há quem entenda que o ordenamento jurídico brasileiro é nitidamente incompatível com a doutrina da *state action* - que ignora, em tese, a aplicação dos direitos fundamentais individuais às relações particulares. Porém, aqui, ousa-se discordar desse pensamento porque: (I) o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de assegurar a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, não exclui qualquer outra forma de aplicação, ainda que subsidiária ou excepcional; (II) a depender do caso concreto e da ponderação de interesses, há direitos fundamentais que podem ser relativizados em função de outros - por exemplo, no cenário pandêmico é possível constatar a evidência do direito e interesse coletivo acima do direito individual em diversos aspectos, como em relação ao direito de liberdade (restrições de locomoção e de profissão em razão de adoção de medidas para a contenção do vírus, bem como contratos de viagens com empresas áreas e hoteleiras foram relativizados), livre exercício dos cultos religiosos (temporariamente suspensos) e reuniões/eventos (contratos de consumo com empresas de formatura, casamento, aniversário foram flexibilizados) etc.¹⁵; e (III) a doutrina da *state action* deve ser interpretada de forma relativa, podendo ser identificada, assim, ainda que superficialmente, a título de exemplo, na Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019¹⁶) (Brasil, 2019).

Dito isso, é apropriado citar alguns exemplos práticos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas no Brasil. Vejamos, pois, algumas abordagens jurisprudenciais referentes à temática:

Segundo Pedro Lenza (2015, p. 1151-1152), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que: “constitui constrangimento ilegal a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie” - Recurso Extraordinário nº 160.222-8¹⁷; a “exclusão de associado de cooperativa sem direito a defesa viola o devido processo legal e a ampla defesa” - Recurso Extraordinário nº 158.215-4; a “exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa” - Recurso Extraordinário nº 201.819¹⁸. Já o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que: a “prisão civil

15 Logo, a eficácia horizontal dos direitos pode incidir de forma tanto imediata quanto mediata, sem aniquilar o princípio fundamental máximo da dignidade da pessoa humana.

16 Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

17 “No recurso extraordinário (RE n. 160222/RJ) - julgado no ano de 1995, demonstra o caso em que uma fábrica de lingerie (De Millus S.A.), todos os dias, ao término do expediente laboral, obrigavam vários trabalhadores, especificamente as mulheres, no final de cada expediente, se submeterem a uma revista íntima (constrangimento), para verificar se elas (funcionárias) estavam furtando os produtos fabricados (lingerie). Deste modo, o caso em tela, demonstra o constrangimento ilegal, resultando em uma colisão da dignidade da pessoa humana versus a autonomia privada” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 24).

18 “O caso aborda a impetração de um recurso pela União Brasileira de Compositores, denominada UBC, a fim de ratificar a sentença que determinou a restituição de um dos sócios que foi excluído sem atentar aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, foi identificada uma sedimentação da teoria da eficácia horizontal e o reconhecimento dela. Este caso está diante de uma colisão da autonomia de vontade própria e a máxima efetividade, fere devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A relatora foi a Ministra Ellen Gracie, no qual acompanhou o voto do Ministro Carlos Velloso, não reconhecendo a aplicação da eficácia horizontal. Ao contrário,

em contrato de alienação fiduciária viola o princípio da dignidade da pessoa humana” (Súmula Vinculante 25¹⁹) - Habeas Corpus nº 12.547; a “indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo, viola o princípio da dignidade da pessoa humana” - Recurso Especial nº 249.321.

Na mesma linha, o STF, utilizando-se da teoria da eficácia horizontal direta, aplicou o princípio da igualdade em relação trabalhista, em que empresa francesa, no Brasil, estabelecia vantagens apenas aos empregados de nacionalidade francesa (Recurso Extraordinário nº 161.243 - DJ 19.12.97, rel. min. Carlos Velloso) (Nakahira, 2007, p. 103); ainda, o Informativo nº 405, do STF, assegura o direito à ampla defesa ao associado excluído do quadro da pessoa jurídica - de outro modo, nota-se a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata no que corresponde à razoável duração do processo prevista expressamente no art. 4º do Código de Processo Civil, em sintonia com art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (Tartuce, 2020, p. 54-55).

Conclui-se, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro tem preferência pela teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais; porém, tal conduta não anula ou elide a incidência direta ou subsidiária das outras teorias, como a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata e a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal, visto que todas as concepções expostas não devem ser tidas como opostas nem absolutas (porque, além de todas produzirem resultados equivalentes, todas têm algo em comum: o Poder Judiciário como destinatário da ponderação de interesses). Portanto, ainda que a maioria da jurisprudência se incline pelo reconhecimento e pela aplicação da eficácia horizontal direta, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro não impõe e nem proíbe expressamente o uso de qualquer das teorias, outorgando espaço para harmonia na interpretação das teorias - e não fragmentação.

CONCLUSÃO

O artigo propôs examinar a questão da aplicabilidade e do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (e de suas teorias) às relações privadas no Brasil, uma vez que a Constituição Federal assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (fomentando a Constitucionalização ou Humanização do Direito Privado).

Em síntese, constatou-se que a jurisprudência brasileira reconhece e aplica, majoritariamente, a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, não significando, portanto, a exclusão ou o impedimento das outras teorias no ordenamento jurídico brasileiro - como a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata ou a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal (respeitadas as opiniões em contrário) -, visto que as teorias se complementam e, não, se excluem (além do fato de que nenhuma pode ser vista como absolutamente correta ou errada no Brasil).

¹⁹ o Ministro Gilmar Mendes demonstrou total discordância e proferiu o seu voto reconhecendo a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja por pessoas físicas ou privadas” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 25).
19 É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Assim, é possível concluir que apesar de o ordenamento jurídico preferir, em tese, a teoria da eficácia horizontal direta (haja vista a previsão constitucional), este não proíbe expressamente o uso de qualquer outra teoria, outorgando espaço para a ponderação de interesses à luz do caso concreto no que se refere à hermenêutica e aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 60-76, set. 2011. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2011.1273>

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANZURES GURRÍA, José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Cidade do México, n. 22, p. 1-24, jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001. Acesso em: 26 maio 2021.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente. **Cadernos UNDB**, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a declaração de direitos de liberdade econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>

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

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_Relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_Relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: 7 ago. 2021.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. v. 275, 160 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

PEREIRA, Cynthia Nóbrega. A eficácia horizontal das garantias fundamentais. **Themis**, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 85-106, jan./jul. 2009. DOI: <https://doi.org/10.56256/themis.v7i1.149>

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. O estado da questão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/522910>. Acesso em: 7 ago. 2021.

SILVEIRA, Daniel Barile. Hermenêutica constitucional como instrumento de justificação do direito: lições para o entendimento da complexidade social moderna. **Revista Jurídica**, Brasília, DF, v. 9, n. 85, p. 83-91, jun./jul. 2007. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/307>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SILVEIRA, Daniel Barile. Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Campo Grande, v. 1, p. 51-63, mar. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069679.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos; WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. The constitutional principles of human dignity, freedom and equality as fundaments of horizontal efficacy oh the fundamental rights. **PPSM**, Warszawa, n. 6, p. 47-69, 2016. DOI: <https://doi.org/10.21697/ppsm.2016.6.04>

SOUSA, Angela Aparecida Oliveira; LAZARI, Rafael de. A eficácia horizontal dos direitos humanos em face da autonomia privada e uma breve síntese sobre o caso brasileiro. **Cognitio Juris**, Bebedouro, ano 11, n. 33, p. 35-57, fev. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25245/rdsp.v9i3.849>

STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 509-518, jun. 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/212/148>. Acesso em: 7 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; NASCIMENTO, Uelton David do. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, Brasília, DF, v. 18, n. 335, p. 57-82, jan./fev. 2017. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170728105436.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

Recebido em: 07/07/2021

Aceito em: 10/11/2022

**VIRTUALIDADE, SOCIEDADE EM REDE
E A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO
PARTICIPADA DO MÉRITO NAS AÇÕES
COLETIVAS**

NETWORK SOCIETY AND THE POSSIBILITY OF
PARTICIPATING CONSTRUCTION OF MERIT IN
COLLECTIVE ACTIONS

Fabício Veiga Costa*
Rayssa Rodrigues Meneghetti**

* Pós-doutor em educação pela UFMG (2015). Doutor em Direito Processual pela PUC Minas (2012). Mestre em Direito Processual pela PUC Minas (2006). Especialista em Direito Processual (2004), Direito de Família (2009) e Direito Educacional (2014) pela PUC Minas. Professor do programa de pós-graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.
E-mail: fvcufu@uol.com.br

**Doutoranda e Mestra (2018) em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT, com área de concentração na linha de pesquisa Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais (2018). Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais (2019). Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais (2017). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014).E-mail: rayssa-rm@hotmail.com

Como citar: COSTA, Fabrício Veiga; MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues. Virtualidade, sociedade em rede e a possibilidade de construção participada do mérito nas ações coletivas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 68-90, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.68-90. ISSN: 1980-511X

Resumo: A presente pesquisa objetivou responder se é possível a construção participada do mérito processual nas ações coletivas, mediante a realização de audiências públicas virtuais, no contexto da sociedade em rede, a fim de viabilizar e ampliar a participação popular. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, especificamente no que atine à importância da democraticidade do provimento final de mérito nas ações coletivas. A solução apresentada para a problemática é a utilização do espaço virtual para a realização de audiências públicas, com base na ideia de Sociedade em Rede. A metodologia utilizada foi a pesquisa teórico-bibliográfica e documental, seguida dos tipos de análises temáticas, comparativas, teóricas e interpretativas; o recorte do tema se deu mediante a utilização do método dedutivo. Ao final da presente pesquisa foi possível concluir que a hipótese analisada obteve resultado afirmativo, já que as ferramentas virtuais podem revelar-se como mecanismos de participação democrática extremamente eficazes para a implementação do contraditório nas ações coletivas, visto que a tecnologia é um fenômeno cada vez mais abrangente e facilitador dos avanços políticos, sociais e processuais.

Palavras-chave: Sociedade em rede; Participação popular; Ações coletivas; Mérito participado; Audiências públicas.

Abstract: The present research aimed to answer if it is possible to participate in the construction of procedural merit in collective actions, through virtual public hearings, in the context of the network society, in order to enable and expand popular participation. The choice of the theme is justified due to its theoretical, practical and current relevance, specifically with regard to the importance of democraticity in the final provision of merit in collective actions. The solution presented to the problem is the use of virtual space for public hearings, based on the idea of Network Society. The methodology used was theoretical-bibliographic and documentary research, followed by types of thematic, comparative, theoretical and interpretive analyses; the clipping of the theme took place through the use of the deductive method. At the end of this research, it was possible to conclude that the analyzed hypothesis obtained an affirmative result, since virtual tools can prove to be extremely effective mechanisms of democratic participation for the implementation of the contradictory in collective actions, since technology is an increasingly phenomenon. more comprehensive and facilitator of political, social and procedural advances.

Keywords: Network society; Popular participation; Collective actions; Participated merit; Public Hearings.

INTRODUÇÃO

O tema-problema da presente pesquisa questiona a possibilidade de construção participada do mérito processual nas ações coletivas, mediante a realização de audiências públicas virtuais, no contexto da sociedade em rede, a fim de viabilizar e ampliar a participação popular. A temática aqui apresentada é considerada relevante sob o ponto de vista teórico e prático, haja vista que problematiza a utilização de ferramentas tecnológicas e digitais como forma de garantir maior democraticidade e exauriência argumentativa no contexto da construção do mérito processual nas ações coletivas.

A pesquisa parte do modelo constitucional de processo, especialmente da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de Vicente de Paula Maciel Junior, e da Teoria da Formação Participada do Mérito Processual nas Ações Coletivas, de Fabrício Veiga Costa, ambos da Escola Mineira de Processo, cujas lições visam o rompimento com o sistema representativo e a adoção de um sistema participativo, a fim de legitimar o cidadão à propositura de ações coletivas e oferecer mecanismos de construção participada do mérito processual.

Os objetivos específicos são os seguintes: observar a construção da sociedade contemporânea, que se apresenta em rede; conhecer a historicidade das ações coletivas e as regras aplicadas aos processos coletivos brasileiros atualmente; entender a Teoria das ações coletivas como ações temáticas e a entender a proposta de construção participada do mérito processual; investigar se as novas tecnologias de comunicação e informações possuem ferramentas capazes de facilitar a participação popular na construção do mérito processual nas ações coletivas.

As novas tecnologias devem ser investigadas como mecanismos hábeis à ampliação da participação popular no Estado Democrático de Direito, além de analisar se podem ser utilizadas para a criação de um procedimento eficaz de exercício do contraditório nas ações coletivas

Importante lembrar que a implementação do contraditório deve ser pautada em critérios decorrentes da racionalidade crítica, que obrigue o julgador à análise racional dos pontos controvertidos da demanda, levantados pelos grupos temáticos na fase postulatória. Esses pontos podem ser debatidos com auxílio de ferramentas virtuais.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de encontrar maneiras de viabilizar a participação dos interessados na construção dos provimentos finais que os atingirão, por meio do levantamento de pontos controvertidos no exercício do contraditório nas demandas coletivas, como verdadeiros legitimados capazes de exercer a cidadania no Estado Democrático de Direito. E nesse contexto propositivo que se torna imprescindível que o julgador utilize apenas os argumentos que guardam relação com a pretensão coletiva inicialmente deduzida para a prolação do provimento final.

A hipótese de solução vislumbrada e oferecida para solucionar a problemática proposta na presente pesquisa é a observância da possibilidade de realização de consultas e

audiências públicas virtuais, considerando o irrefreável avanço da tecnologia da informação. A tecnologia é um fenômeno que deve ser utilizado como facilitador dos avanços políticos e sociais, bem como da superação dos óbices enfrentados pelo processo constitucional democrático, visto que, virtualmente é possível alcançar um número muito maior de participantes interessados na lide coletiva.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a efetuação de pesquisa teórico-bibliográfica, com busca em literatura jurídica e social, nacional e internacional. As proposições que delimitaram o problema foram pautadas num raciocínio hipotético-dedutivo, momento em que se partiu de proposições macroanalíticas, em direção de aspectos específicos a respeito do tema aqui apresentado. A realização de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas viabilizou o estudo crítico do objeto de estudo.

Foram, ainda, escolhidos três tipos de métodos de investigação das ciências sociais aplicadas às ciências jurídicas como opções de metodologia. Primeiramente, foi realizada a investigação histórico-jurídica, objetivando-se analisar a evolução dos institutos do processo coletivo. O segundo tipo usado será o jurídico-descritivo, uma vez que foi feita uma abordagem preliminar do problema, ressaltando-se as suas características, percepções e descrições. Por fim, o método jurídico-propositivo foi utilizado, com a proposição de solução para a problemática trabalhada (Gustin; Dias, 2013, p. 25-29).

A pergunta-problema utilizada como parâmetro para a delimitação do objeto da análise proposta foi a seguinte: a tecnologia é uma ferramenta efetiva que poderá ser utilizada para assegurar a exauriência argumentativa, a construção participada do mérito processual e a democraticidade do provimento final nas ações coletivas? A partir das obras de Manuel Castells, Fabrício Veiga Costa e Vicente de Paula Maciel Junior, foi possível demonstrar que a tecnologia é considerada ferramenta hábil a ampliar o debate processual, mediante a oportunização de ampla participação dos interessados difusos e coletivos na construção do provimento final de mérito nas ações coletivas.

1 O ESPAÇO VIRTUAL E A CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE EM REDE

A terminologia “Sociedade em Rede” foi cunhada pelo autor Manuel Castells.

Castells (2017, p. 62) adverte que “os sistemas políticos estão mergulhados em uma crise estrutural de legitimidade, periodicamente arrasados por escândalos, com dependência total de cobertura da mídia e de liderança personalizada, e cada vez mais isolados dos cidadãos”.

A fala do autor pode ser interpretada sistematicamente como o sentimento de descrença e descredibilidade do povo brasileiro com os seus representantes, em todos os poderes, haja vista a impossibilidade de o cidadão, na maioria das vezes, não poder participar da construção das decisões estatais de interesse e cunho coletivo.

Corrompidos os três poderes, aos olhos dos cidadãos, surge uma desmotivação na

participação na tomada de decisões, o que não é diferente nas ações de natureza coletiva. Para Castells (2017, p. 64), “observar, analisar e teorizar é um modo de ajudar a construir um mundo diferente e melhor”.

A partir da teorização das ações coletivas como ações temáticas, de autoria de Vicente de Paula Maciel Junior, e observando o espaço virtual como forma de superar o individualismo processual, diante das crises do Estado, que deixam os cidadãos céticos e descrentes ao tomar decisões processuais sem a sua participação, é possível implementar o contraditório nos processos coletivos por meios eletrônicos, com base na racionalidade crítica decorrente da sociedade em rede.

O foco desse tópico é analisar o paradigma da tecnologia da informação, bem como a cultura da virtualidade real, em que alguns autores se propõem a analisar a integração da comunicação eletrônica, o fim da audiência de massa e o surgimento de redes interativas, com o intuito de promover uma conexão entre os estudos de virtualidade e sociedade em rede e a teoria das ações coletivas como ações temáticas para fomentar a criação de mecanismos de participação democrática nos processos coletivos, especialmente, por meio da implementação de consultas e audiências públicas eletrônicas.

Diante do surgimento de redes interativas na “galáxia da Internet” (Castells, 2003), o que se percebe é a possibilidade promover uma correlação entre as novas tecnologias e as teorias que propõe promover o cidadão ao *status* de legitimado nos processos judiciais de natureza coletiva, evidenciando sua participação efetiva na construção do mérito processual e oxigenando o cenário com diferentes inteligências coletivas, com vias a garantir decisões efetivas ao jurisdicionado frente aos direitos coletivos protegidos constitucionalmente.

Pierre Lévy (2015, p. 29) explica que a inteligência coletiva:

É uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências. Acrescentamos a nossa definição este complemento indispensável: a base e o objetivo da inteligência coletiva são o reconhecimento e o enriquecimento mútuos das pessoas, e não o culto de conformidades fetichizadas ou hipostasiadas. Uma inteligência distribuída por toda parte: tal é nosso axioma inicial. Ninguém sabe tudo, todos sabem alguma coisa, todo saber está na humanidade. Não existe nenhum reservatório de conhecimento transcendente, e o saber não é nada além do que o que as pessoas sabem

Aplicando-se a filosofia de Lévy ao modelo de processo coletivo participado, proposto na Teoria das ações coletivas como ações temáticas de Vicente de Paula Maciel Junior, percebe-se que o espaço de debate processual dos grupos temáticos é um lugar capaz de garantir a interlocução racional e crítica que oxigena o espaço com interesses apontados por diversos atores.

Nesse conjunto de circunstâncias, o espaço virtual para a realização de audiências públicas é capaz de permitir interação ilimitada entre os atores processuais. As tecnologias utilizadas para acessar o espaço virtual não devem possuir um fim em si mesmas (e, mais, devem

ser regulamentadas), pois não podem retirar o protagonismo humano (Lassale, 2019, p. 154). Todavia, tais tecnologias são capazes de viabilizar a construção participada do mérito processual, superando problemas antigos como a impossibilidade de gestão do processo pelo judiciário e pelo julgador diante da grande quantidade de interessados na demanda participando de forma direta.

É Pierre Lévy (2011, p. 20-21), também, quem se debruça a definir o que é o espaço virtual, ou o que é o virtual e como as comunidades virtuais se organizam.

Uma comunidade virtual pode, por exemplo, organizar-se sobre uma base de afinidade por intermédio de sistemas de comunicação telemáticos. Seus membros estão reunidos pelos mesmos núcleos de interesses, pelos mesmos problemas: a geografia, contingente, não é mais nem um ponto de partida, nem uma coerção. Apesar de “não-presente”, essa comunidade está repleta de paixões e de projetos, de conflitos e de amizades. Ela vive sem lugar de referência estável: em toda parte onde se encontre seus membros móveis... ou em parte alguma. A virtualização reinventa uma cultura nômade, não por uma volta ao paleolítico nem às antigas civilizações de pastores, mas fazendo surgir um meio de interações sociais onde as relações se reconfiguram com um mínimo de inércia.

Neste novo cenário de virtualidade há novos espaços e novas velocidades. O real não é o contrário do virtual, mas são forças que se potencializam. É essencial à procedimentalização dos processos coletivos judiciais eletrônicos o uso do ciberespaço, enfrentando os impactos negativos a partir de tendências mais positivas que permitem a participação do que Lévy chama em suas obras de “coletivos inteligentes”. Os cidadãos legitimados, em coletividade inteligente, são capazes de criar um local de debate processual isotópico, isocrítico e isomênico que mobilize efetivamente as competências.

O que incentiva a inovação interativa entre as ciências é o que ainda não foi procedimentalizado, ou estruturado, como prefere chamar Castells. O desejo de inovar deve ser forte o bastante para impedir o regramento das forças repressivas tradicionais (Castells, 2017). Primeiro implementa-se o que foi procedimentado na teoria, sem julgamento de valores ou apontamento de possíveis consequências, e depois, com base em observação e análises, decide-se, com base na flexibilidade, se a experiência deve ou não permanecer ativa. Assim, caso a experiência de utilização de ferramentas virtuais no âmbito do poder Judiciário seja, de alguma forma, negativa (não prospere ou não supere as expectativas), nada impede que sejam obstadas, pois a característica da flexibilidade do novo paradigma tecnológico assim permite (Castells, 2017).

Inserindo o processo (tradicionalmente individual – escola instrumentalista) no contexto histórico de comunicação apresentado por Castells, é possível perceber que durante muito tempo o processo foi pautado num procedimento exclusivamente escrito, restringindo a participação oral das partes na construção do mérito processual. As partes sempre foram representadas por seus advogados, que juntavam aos autos peças técnicas sem, contudo, permitir a participação direta dos interessados na lide na construção do provimento final

de mérito. O princípio da oralidade foi teorizado no sentido de promover maior celeridade e economia processual, desburocratizando parcialmente o trâmite das ações judiciais, no momento em que permitiu que os titulares da pretensão deduzida em juízo pudessem debater com maior amplitude os pontos controversos da demanda e, assim, participarem de forma mais direta da construção do provimento final de mérito.

Essas mudanças não alcançaram as ações coletivas que, pela impossibilidade – infundada – de ouvir todos os interessados, ainda hoje utilizam a figura do representante adequado, impedindo a interlocução direta entre as partes, mesmo no Estado Democrático de Direito que prevê constitucionalmente a participação de todos na construção da decisão final de mérito. A legislação brasileira vigente (Lei 4.717/65 e Lei 7.347/85) não condiciona o julgamento do mérito da pretensão coletiva à obrigatoriedade de realização de audiências públicas, ou seja, os sujeitos diretamente afetados pelos efeitos jurídicos da decisão final de mérito não possuem o direito de serem coautores do provimento final de mérito, fato esse que compromete de forma significativa a legitimidade democrática do provimento estatal.

No entanto, com o surgimento da nova cultura, denominada por Castells (2017, p. 415) como “cultura da virtualidade real”, que exerce forte influência sobre os interesses sociais e as políticas governamentais, e permite englobar textos, sons e imagens no mesmo processo, vislumbra-se a possibilidade de utilização de ferramentas virtuais para coletar as manifestações de todos interessados que pretenderem dialogar em juízo, sem prejudicar o célere e econômico andamento processual e procedimental.

Castells (2017, p. 442) ensina que “os usuários da internet ingressam em redes ou grupos on-line com base em interesses em comum, e valores, e já que têm interesses multidimensionais, também os terão suas afiliações on-line”. Esse raciocínio de Castells é completamente compatível com o raciocínio de Vicente de Paula Maciel Junior, ao elucidar sobre a Terias das Ações Temáticas, visto que para a formação dos grupos temáticos que atuarão no processo coletivo é necessária a conexão dos interesses em comum dos integrantes. Os interessados na ação coletiva são identificados justamente pelo fato, bem, ou direito difuso lesado que os atinge simultaneamente, permitindo-se o fenômeno processual da legitimação democrática para agir (Maciel Junior, 2006, p. 176). Assim, uma vez que os legitimados à propositura de ação coletiva dividem o mesmo direito (formado pela validação dos interesses individuais), o uso de redes *online* viabilizaria com maior facilidade a interlocução entre esses interessados, para alcançar a formação participada do provimento final em perfeitas condições processuais, com base nas premissas constitucionais do processo coletivo no Estado Democrático de Direito.

Castells (2017, p. 446) adverte que “as pessoas moldam a tecnologia para adaptá-la a suas necessidades”. Assim, se a necessidade é ampliar as oportunidades de participação na tomada de decisões da vida política, a internet é o fenômeno contemporâneo ideal para proporcionar tal participação.

Para compreender melhor a conexão entre a virtualidade, a Sociedade em Rede e a

Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas é necessário entender a construção da atual ideia acerca das ações de natureza coletiva no Brasil.

2 AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Na literatura jurídica existem dois importantes posicionamentos teóricos quanto ao modelo de Processo Coletivo no Brasil. O modelo positivado no ordenamento jurídico brasileiro é o sistema representativo. O segundo posicionamento, defendido neste trabalho, com base na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de autoria de Vicente de Paula Maciel Junior, é o sistema participativo.

O modelo representativo da *Civil Law*, adotado pela legislação brasileira, tem grande influência das *Class Actions* norte-americanas, observadas algumas diferenças. No modelo representativo da *Common Law* existe a figura da “representação adequada”, no qual o autor da demanda atua em nome próprio e representa em juízo os interesses dos demais interessados difusos e coletivos. Ao juiz cabe apreciar se essa representatividade é adequada ou não. Nas palavras de Vicente de Paula Maciel Junior (2006, p. 139-140):

Aquele que propõe a ação (chamado de *class actor*) não precisa de prévia autorização através de lei específica. Normalmente é uma associação que se apresenta em juízo como representante de uma classe. [...] O juiz deve exercer um importante papel de controle da admissibilidade da representação.

Diferentemente da forma como se dá a representação adequada no modelo da *Common Law*, no Brasil, os representantes – legitimados para a propositura de ação – são definidos previamente pela legislação, a exemplo do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). No modelo de processo coletivo brasileiro, fundado no sistema representativo, o legislador elegeu aprioristicamente os legitimados ativos extraordinários à propositura da ação civil pública, como é o caso do Ministério Público e dos entes da administração pública direta. Os cidadãos, ou seja, os interessados difusos ou coletivos diretamente atingidos pelos efeitos jurídicos do provimento final de mérito, além de não terem legitimidade processual ativa para a propositura da ação civil pública, não possuem direito de participarem diretamente da construção da decisão final de mérito, comprometendo-se, assim, a legitimidade democrática do provimento final.

O atual modelo de Processo Coletivo brasileiro, pautado no sistema representativo com legitimados definidos previamente em lei, não se coaduna com os fundamentos da soberania e de cidadania do Estado Democrático de Direito, trazidos, junto a outros fundamentos, pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, tampouco com os ideais de Processo Constitucional, sobretudo pelo fato de desconsiderar o cidadão como parte devidamente legitimada para propor a ação coletiva, conforme o rol de legitimados da Lei 7.347/85, Lei de Ação Civil

Pública, entre outras leis de caráter coletivo, que não elencam o cidadão entre os detentores do direito de propor ação coletiva. E, a partir do momento em que o legislador opta pelo sistema representativo, definindo taxativa e restritivamente quem comporá o rol de legitimados, limitando outros interessados, as questões que podem ser levadas ao debate no processo coletivo também ficam limitadas. Para Fabrício Veiga Costa (2012, p. 3):

[...] a gênese do atual modelo de processo coletivo brasileiro encontra-se no processo civil, que por ser de natureza liberal não propõe uma teoria geral do processo de cunho democrático, mas, sim autoritário, em que o julgador é quem define os legitimados a participarem da relação processual, assim como institui unilateralmente as matérias de fato e de direito a serem discutidas ao longo do procedimento. O mérito processual, nesse contexto, é visto como a repercussão das questões (fáticas e jurídicas) que o autor e o demandado submeteram à apreciação do juiz.

Ainda que se tente alcançar a coletividade, buscando afastar as regras do processo individual, no atual sistema de processo coletivo brasileiro – pautado no julgamento da ação a partir do sujeito e não a partir do objeto, com rol legislativo preestabelecido de representantes/ substitutos processuais – prevalece o modelo de processo autoritário (autocrático), sem a discursividade necessária para a formação de um provimento justo e adequado, que atinja de maneira igualitária e satisfatória todos os direitos de massa.

O modelo de processo coletivo representativo, adotado expressamente pela Lei 7.347/85, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, haja vista que o texto da Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1., é categórico ao estabelecer a cidadania e a soberania popular como um dos pilares do modelo constitucional de processo.

Nesse contexto propositivo pode-se afirmar que, o fato de a realização de audiência pública não ser requisito para o julgamento do mérito da pretensão na ação civil pública, tem-se a ausência de legitimidade democrática do provimento final de mérito, haja vista a desnecessidade de os interessados difusos e coletivos serem coautores da decisão final de mérito.

Em razão disso, urge a elaboração de reflexões jurídicas constitucionalizadas acerca da sistematização jurídico-legislativa das ações coletivas no Brasil, pautadas na aproximação entre Constituição e Processo. Para tanto, cabe observar a história do processo coletivo ao longo da evolução da humanidade, com a influência do modelo romano de ação popular e das *class actions* norte-americanas, para demonstrar, assim, como se deu a construção do atual pensamento sobre coletividade no âmbito do sistema representativo.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES E HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

As ações coletivas não são um mecanismo contemporâneo de tutela dos interesses metaindividuais e, apesar de possuírem origem incerta, é possível apontar as ações populares

da Roma antiga como o primeiro registro que se tem da proteção desses interesses. “As ações populares do processo romano foram a forma embrionária de tutela judicial dos interesses supraindividuais” (Leonel, 2017, p. 55).

Antônio Gidi (2007) explica que os principais objetivos de uma ação coletiva são a economia processual, a efetivação do direito material e o acesso à justiça. Para Gidi (2007, p. 25), outros objetivos podem ser apontados ao longo da história das ações coletivas, no entanto, “tais objetivos podem ser considerados secundários, em face dos objetivos elencados acima”.

Sobre o objetivo da economia processual compreende-se a capacidade que uma ação coletiva tem de substituir – talvez o melhor seja dizer integrar ou unificar –, diversas demandas individuais em apenas um processo, reduzindo significativamente os custos da lide. Apesar de uma ação coletiva ser mais complexa do que uma ação individual e, portanto, exigir mais tempo, habilidade e empenho na sua resolução, ainda assim é possível notar uma economia processual, primeiramente para o Judiciário, que atuará em um único processo e também para os autores que poderão ratear as despesas processuais. De certo que os custos de uma ação coletiva são maiores do que de uma ação individual, no entanto, devido ao grande número de interessados/ legitimados envolvidos no rateio, esses custos acabam ficando bastante reduzidos, se for comparar com as diversas ações individuais que poderão ser propostas para resolver a mesma demanda de natureza metaindividual.

Sobre os benefícios da economia processual para o réu, Antônio Gidi (2007, p. 26) explica que:

[...] em muitos casos, porém, o réu está ainda mais interessado em uma solução única e uniforme da controvérsia do que o grupo-autor. E isso não acontece somente quando o réu espera sair vitorioso no processo coletivo. Ainda que ação coletiva seja julgada procedente, ela pode ser uma solução muito mais econômica e menos desgastante para o réu do que enfrentar despesas com as inúmeras ações individuais semelhantes relacionadas à mesma controvérsia.

Assim, mesmo que não pareça, para o réu o resultado de uma ação coletiva também é mais interessante em relação ao resultado de várias ações individuais. Primeiro, porque se a pretensão requerida na inicial for julgada improcedente e o réu vencer a disputa judicial, este ficará livre de quaisquer ônus. Segundo, porque, mesmo perdendo a ação e sendo condenado ao pagamento de verbas indenizatórias, trata-se de uma única ação com um único valor, facilitando a situação do réu. Há vantagem, ainda, no que tange ao pagamento de honorários advocatícios, que serão devidos numa única ação e não em milhares de possíveis ações individuais, cujos valores, apesar de menores, quando somados, ultrapassariam, e muito, o valor das custas de um processo coletivo.

Ademais, independentemente de a ação ser julgada procedente ou improcedente, seus efeitos são *erga omnes* e vinculam todos os interessados, o que torna a questão indiscutível

novamente, beneficiando o réu. Em que pese essa situação ser apontada como benefício para o réu, essa pesquisa traça críticas ao efeito *erga omnes* do provimento final de mérito construído no modelo representativo de forma autocrática (antidemocrática).

As ações coletivas também objetivam a efetivação do direito material e a promoção de políticas públicas do Estado. É possível, por meio de uma ação coletiva, corrigir um ilícito com determinações repressivas ou estimular o cumprimento voluntário de um direito, quando a decisão representa uma medida profilática (Gidi, 2007, p. 33).

A própria sociedade gera a possibilidade de uma instituição violar coletivamente direitos de um grupo e “o principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida da tutela coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza de impunidade” (Gidi, 2007, p. 33). As ações coletivas, portanto, servem como mecanismos para remediar e/ou desestimular a prática desses ilícitos.

Muitas vezes os valores de verbas indenizatórias arrecadados em juízo como forma de reparação pelos danos causados nem vão para os titulares do direito, mas são revertidos para a concretização de políticas públicas, representando um importante caráter pedagógico. O amplo acesso ao Judiciário pelas pessoas, cujos direitos são lesados, serve como estímulo ao cumprimento voluntário da lei de um desestímulo à prática de outros ilícitos.

Por fim, quanto ao objetivo de acesso à justiça, Antonio Gidi explica que a ação coletiva é um instrumento prático que dá efetividade ao direito de acesso à justiça, muitas vezes, e por muitos motivos, inalcançado individualmente. As ações coletivas podem proporcionar proteção aos interesses de pessoas financeira e tecnicamente hipossuficientes, que por vezes nem sabem que sofreram violação de seus direitos ou não tenham condições necessárias para procurar defendê-los em juízo. Sobre isso, Antônio Gidi (2007, p. 31) afirma que:

Ação coletiva também pode proporcionar a proteção de pessoas hipossuficientes, que nem mesmo sabem que seus direitos foram violados ou não possuem iniciativa, independência ou organização necessárias para fazê-los valer em juízo. Potenciais beneficiários são crianças, deficientes físicos ou mentais, pessoas pobres ou de pouca educação ou simplesmente ignorantes dos fatos ou dos seus direitos.

O sistema participativo, no Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988, deu ensejo ao surgimento do processo coletivo no sistema de participação. Para a autora Naony Sousa Costa (2016, p. 17), “vários institutos de tutela coletiva no âmbito do processo brasileiro receberam influências liberais e autoritárias, em especial por não se vislumbrar a autonomia deste, bem como por entender o processo coletivo como ramo do processo civil”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preocupou-se em criar e determinar a regulamentação de mecanismos que protejam e defendam os direitos de massa em sede processual. Basta analisar alguns dispositivos de natureza claramente coletiva para

concluir essa afirmação. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 apresenta diversos incisos de caráter coletivo, como o inciso XXI que dispõe sobre a legitimidade das entidades associativas para representar seus filiados; o inciso LXX que prevê a impetração de mandado de segurança coletivo e o inciso LXXIII que informa a legitimidade do cidadão para a propositura de ação popular.

O processo coletivo pautado nas premissas do modelo constitucional de processo – ou seja, como uma garantia que possibilita o exercício da cidadania por meio da concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente – é capaz de assegurar a prolação de decisões que efetivamente respeitem e respondam às demandas da coletividade. Para tanto, não basta que os interessados estejam resguardados do direito de acesso à jurisdição por meio da representação e da substituição processual, ou mesmo por meio da propositura direta de ações judiciais. É necessário garantir ampla dialogicidade no momento da implementação do contraditório e da formação do mérito nos processos coletivos, para que se obtenham decisões com a devida efetividade processual.

O atual modelo de processo coletivo, que se constitui a partir dos ideais liberais individualistas e em bases representativas, não se coaduna verdadeiramente com as propostas democráticas trazidas pela Constituição de 1988, visto que não inclui o cidadão no rol de legitimados ativos para a propositura das demandas coletivas, cujos provimentos finais lhes interessam e os afetam diretamente. De acordo com a explicação de Juliana Maria Matos Ferreira (2017, p. 37):

Partimos da premissa que as concepções de democracia que excluem os cidadãos de uma incondicional participação e incessante atividade fiscalizadora das funções estatais afastam-se de qualquer legitimidade, não se sustentando diante dos objetivos constitucionais e da perseguição da democracia participativa pretendida pela Constituição de 1988.

Preocupado com o enfoque subjetivista que ações coletivas possuem hoje no Brasil, o autor da escola mineira, Vicente de Paula Maciel Junior, teorizou as ações coletivas como ações temáticas, visando garantir a concretização dos objetivos constitucionais por meio de uma democracia verdadeiramente participativa, que não exclui o cidadão das atividades públicas (seja de participação ou de fiscalização, conforme sugere Ferreira (2017).

A teoria das ações coletivas como ações temáticas foi proposta para procedimentalizar o processo coletivo no modelo constitucional de processo, determinando que a ação coletiva deva ser proposta a partir do seu objetivo (pretensão metaindividual), e não a partir do sujeito, como é feito no atual sistema. O autor dessa teoria critica o rol taxativo de legitimados das ações coletivas brasileiras e propõe sua ampliação para integrar o cidadão e garantir a participação popular nos processos coletivos, oportunizando a discussão para todos os interessados no provimento final. Maciel Junior. Baseia seu estudo no fato de que:

O Estado Democrático de Direito nos trouxe como legado a necessidade de vivermos a difusão da racionalidade, que se concretiza por meio de uma infinidade de processos decisórios. Participamos diariamente em nossas vidas em sociedade, de uma centena de situações jurídicas que nos obrigam a manifestarmos nossos interesses e defendê-los, para que prevaleçam nos casos concretos (Maciel Junior, 2006, p. 19).

A referida teoria merece ser estudada em tópico apartado, para garantir melhor compreensão e aderência com o objeto da presente pesquisa.

2.2 AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

Apesar de elevados ao *status* de garantias constitucionais, os direitos coletivos e difusos (pretensões metaindividuais) ainda tem a sua tutela compreendida a partir da estruturação individual de processo, o que obsta a superação de indagações e questionamentos de ordem coletiva, perpetuando-se os equívocos doutrinários sobre as questões de massa que devem ser tuteladas pelo Estado e regulamentadas pelo ordenamento jurídico com especificações próprias de um processo coletivo constitucionalizado.

O avanço nas reflexões científicas aqui apresentadas exige a sistematização de proposições teóricas que abordem especificamente o processo coletivo, os direitos difusos e coletivos. É nesse contexto propositivo que o jurista Vicente de Paula Maciel Junior propõe a teoria das ações coletivas como ações temáticas: a definição dos interessados difusos e coletivos que participarão da construção dialógica do provimento final de mérito ocorrerá a partir do objeto da lide, e não poderá ser reflexo de definições apriorísticas do legislador, que escolheu, por exemplo no artigo 5, da Lei 7.347/85, quem seriam os legitimados ativos à propositura da ação civil pública, excluindo-se o cidadão individualmente desse rol.

O objetivo da teoria das ações coletivas como ações temáticas, elaborada por Vicente de Paula Maciel Junior, da Escola Mineira de Processo, é analisar o processo coletivo a partir do objeto, diferentemente do que propõe a Escola Paulista, que visa estudar o processo a partir do sujeito.

É hábito no âmbito do processo coletivo a utilização dos termos “direito” e “interesse”, sem a devida distinção teórico-conceitual necessária. No entanto, usar essas expressões como sendo sinônimas é um equívoco que a teoria das ações temáticas se propõe a superar. Maciel Junior faz uma profunda análise sobre o conceito de direito ditado por Rudolf von Ihering (que considera ser a origem do problema) e perpetuado pelos juristas, segundo o qual o direito é o interesse juridicamente tutelado (Maciel Junior, 2006, p. 19).

A primeira consideração importante é que esse conceito foi adotado em uma época da história em que o indivíduo vivia no Estado Liberal, de cunho autocrático e centralizador. A partir dessa percepção, Maciel Júnior revisitou as ideias de Ihering e buscou esforços para ressignificar os conceitos de direito e interesse, e enquadrá-los no atual Estado Democrático de Direito, superando o caráter individualista das questões sociais e massificadas. A conclusão

de Maciel Junior (2006, p. 43) é a de que:

Os interesses nunca serão confundidos com os direitos, visto que os primeiros sempre serão manifestações individuais de vontade, enquanto os direitos pressupõem sempre um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados. [...] Em verdade não haveria interesses difusos ou coletivos, porquanto admitimos que os interesses são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo. Os interesses são manifestações, afirmações unilaterais da vontade em face de bens.

Os interesses são manifestações de vontade individual com relação a determinado bem da vida; já os direitos são construções teóricas de cunho coletivo, que ultrapassam os estudos desenvolvidos na esfera meramente individual. Apesar de constituírem conceitos diferentes, interesse e direito se interrelacionam na medida em que os interesses, considerados manifestações de vontade dos indivíduos, são a base da formação dos direitos coletivos. Esses direitos devem ser reconhecidos após ampla e justa discussão pelos detentores dos interesses. Assim, todo direito possui interesses envolvidos na sua formação, mas nem todo interesse (ou soma de interesses) criará um direito. Os direitos, nesse contexto teórico, seriam reflexo do amplo debate plebiscitário de ratificação e legitimidade democrática dos interesses individuais. Maciel Junior (2006, p. 152) destaca, ainda, a diferença entre interesse e vontade, ensinando que:

O interesse é a manifestação de um sujeito em face de um bem. A vontade é o direcionamento do desejo de um indivíduo ou grupo, mediante a manifestação expressa nos termos do direito. [...] A vontade é resultante do processo de discussão dos interesses e vai prevalecer segundo os critérios legais estabelecidos para discipliná-la. A vontade representa o sentido que deverá ser seguido pelo grupo, mesmo que os interesses de seus membros não coincidam integralmente.

Nesse sentido, constitui técnica científica dizer que os direitos coletivos são a reunião de todos os interesses individuais. A garantia gira em torno da oportunidade de debate, momento em que os indivíduos podem manifestar seus diversos (e até contrários) interesses. Após intensa deliberação, prevalece a vontade da maioria, mas nunca a vontade de todos poderá ser concretizada.

Essa discussão, travada em torno dos significados terminológicos de direito e interesse, tem forte relevância prática, sobretudo no contexto de Estado Democrático de Direito, visto que, com o aumento do número de demandas transindividuais, é importante distinguir as manifestações individuais (interesses) das coletivas (direitos). Mesmo que a norma jurídica regule a matéria de direito, a existência de diferentes interessados exige o amoldamento das vontades individuais que, de forma participada, por meio de ampla dialeticidade, permitirá a formação do objeto/ do mérito e, ao final, do próprio direito. Em concordância com os ideais de Maciel Junior, torna-se imperioso posicionar-se contrariamente à utilização dos termos

interesse e direito, como se fossem sinônimos.

Em que pese a impossibilidade de se falar em interesses coletivos ou difusos – mas apenas direitos coletivos – é viável a utilização do termo interessados coletivos ou difusos, visto que numa ação é possível que esteja presente o interesse individual de cada um. A autora Juliana Maria Matos Ferreira (2017, p. 139) sugere que:

A permanência de conceitos já ultrapassados permite, na atualidade, a utilização do interesse como pertencente a grupos, categorias ou classes que serão representados por um único sujeito capaz de delinear qual é o “interesse geral” do grupo. Talvez este seja o motivo para manutenção do equívoco. Errônea, neste sentido, é a conferência de legitimidade apenas a um ente capaz de representar o grupo, estruturação que não deve servir de base para a procedimentalização do direito coletivo.

Com essa fala de Ferreira (2017) é possível perceber o equívoco do legislador que conferiu legitimidade para apenas um ente agir em nome do grupo e nesse momento inicia-se a reflexão sobre a deficiência na estrutura do processo civil tradicionalmente individualista, transposto para as ações coletivas, com base nas ações temáticas. Contrariando o tradicionalismo representativista da legislação vigente, o autor Fabrício Veiga Costa (2012, p. 217-218) diz que “considerando-se que o processo coletivo democrático é o *locus* do debate jurídico e amplo da pretensão, serão legitimados ao provimento todos aqueles sujeitos que demonstrarem interesse em participar do discurso jurídico da pretensão”.

Cumprido lembrar que, no Estado Democrático de Direito o indivíduo não recebe mais o enfoque que recebia em outros modelos de Estado diante de um conflito de interesses, não podendo mais ser considerado sujeito de direitos. Assim, surge a proposta de análise dos direitos coletivos e difusos sob a ótica do objeto, pela teoria das ações como ações temáticas. Maciel Junior (2006, p. 119) demonstra a capacidade de participação dos cidadãos nas ações de objeto difuso:

As demandas coletivas ressaltam temas que muitas vezes afetam um número indeterminado de pessoas e inclusive o próprio Estado. É inegável que a demanda coletiva possui, portanto, uma grande força participativa [...] Isso representa uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade.

Ocorre que, essa “força participativa”, afirmada pelo autor, fica prejudicada diante do atual modelo de processo coletivo no Brasil, visto que o cidadão é excluído do rol de legitimados ativos para a propositura de ações coletivas. Essa restrição é criticada pela teoria das ações como ações temáticas, que tem como foco criar uma proposta expansionista para a legitimidade ativa nas ações coletivas, permitindo aos cidadãos atuarem com sua força participativa. Para Maciel Junior (2006, p. 121):

Em uma lógica compreensível, mas perversa, tanto os legisladores quanto os governantes utilizaram-se do instituto processual da legitimação para agir como um mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos. Com isso, somente teriam a possibilidade de ajuizar a demanda coletiva algumas poucas entidades e desde que cumprissem certos requisitos pré-estabelecidos na norma.

Essa limitação à legitimidade para agir não coaduna com as premissas do modelo constitucional de processo, trazidas pela Constituição brasileira de 1988, que adotou o Estado Democrático de Direito. Tal limitação encontra respaldo na frágil afirmação de que é melhor para os interessados serem representados em juízo, pois quem os representa tem a prerrogativa de ser adequado e disponível para resolver as questões processuais em nome de todos, além de considerar vantajosa a manifestação indireta sobre a falsa expectativa de garantir celeridade e economia processual. Para o autor Fabrício Veiga Costa (2012, p. 218):

É temerário reconhecer como legítimo tal entendimento, visto que argumentos ideológicos construídos a partir de uma visão cronológica e temporal do processo não podem ser considerados democraticamente legítimos, haja vista que são instrumentos de sumarização da cognição e de limitação substancial do espaço processual de debate jurídico e fático do cerne do objeto da ação coletiva.

Nas ações temáticas a legitimação supera o sistema de representação e propõe um verdadeiro sistema participativo, decorrente de deliberações e debates sobre todos os pontos controvertidos que estejam atrelados ao objeto central da demanda, nos moldes da Constituição Federal de 1988. Assim, “a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de “temas”. Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados” (Maciel Junior, 2006, p.178). É importante ressaltar, nesse contexto propositivo, que o direito de participação dos interessados difusos e coletivos, na formação e construção dialética do mérito da pretensão deduzida, deverá ser exercido isonomicamente com o direito de contraditório, de ampla defesa e do devido processo legal que deverá ser assegurado à parte demandada.

O direito de o demandado exercer o direito de defesa, de produzir provas e de tornar controversos os fatos alegados deverá ser assegurado antes do despacho saneador, como forma de evitar o *error in procedendo* e, assim, tornar nulo o provimento final de mérito.

Os princípios da isonomia processual, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal devem ser assegurados igualmente aos interessados difusos e coletivos, assim como ao demandado.

Nesse sentido, o procedimento criado pela teoria das ações temáticas prevê a abertura de edital, para que os interessados difusos tomem ciência da tramitação da ação e possam comparecer em juízo para manifestar-se (Maciel Junior, 2006, p.179). Em que pese a intenção de dar publicidade ao processo e promover o chamamento dos interessados para participarem

da formação do mérito da demanda, como verdadeiros detentores do direito coletivo, o edital muitas vezes é meio ineficaz à dissipação de informações, visto que não é hábito do cidadão brasileiro acompanhar tais publicações. Assim, o procedimento precisa propor outras formas de disseminação dessas informações. Uma possibilidade real é a utilização de ferramentas virtuais, no atual contexto da sociedade em rede, como rádio e televisão, aplicativos de celular e sites com uma roupagem mais popular, criados para esse fim. Esses meios podem ser utilizados aomenos para informar a existência do edital publicado, tornando mais efetiva a convocação à participação popular.

Outro ponto importante a ser considerado sobre as ações temáticas consiste no período estipulado para a complementação ou alteração do mérito posto no pedido inicial e da flexibilidade quanto à formação desse mérito. É necessário um especial cuidado para que as ações temáticas não firam o princípio da congruência, que consiste na limitação do magistrado em decidir a lide com base nos pedidos formulados em sede de petição inicial.

Nesse sentido, quando Maciel Junior (2006, p. 181) afirma que “o mérito nas ações coletivas que tratem dos interesses difusos não pode ser posto ou determinado somente no pedido inicial” e que “deve haver uma fase até quando os diversos interessados difusos possam manifestar seus interesses a alterar o mérito da ação coletiva”, é imprescindível pensar nessa fase como sendo um período de ampla discussão entre os interessados para o levantamento dos pontos controvertidos da demanda e que, ao final, de acordo com prazo previamente estabelecido, seja encerrado esse momento inicial para, então, permitir ao julgador analisar o mérito participadamente construído e que, nesse momento, deverá permanecer inalterado, sem desrespeitar o princípio da congruência.

Superados alguns pontos embaraçosos sobre a teoria das ações coletivas como ações temáticas, é possível concluir que, tal teoria, que tem o condão de oportunizar o ingresso do maior número de pessoas no processo coletivo para a formação de temas, consegue vislumbrar uma procedimentalização capaz de enxergar os conflitos de massa sob seus diversos aspectos, permitindo a formação de um provimento final mais eficaz à resolução de problemas sociais, o que pode ser facilmente viabilizado com ajuda das ferramentas virtuais de participação popular.

3 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS: CONSTRUÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL PELAS VIAS VIRTUAIS NA SOCIEDADE EM REDE

Em 1975, Peter Häberle publicou a obra “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, demonstrando a necessidade de ampliação da participação popular na interpretação das normas constitucionais, visto que os cidadãos são os destinatários dessas normas e, portanto, devem dialogar sobre a efetividade do texto, juntamente com aqueles que exercem função pública que, por sua vez, não podem formar uma comunidade fechada de intérpretes. O autor propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional

estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se, um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (1997, p.13).

Para Häberle (1997, p. 43) , as Teorias da ciência, da democracia, da Constituição e da hermenêutica propiciam uma mediação entre Estado e Sociedade (1997, p.18) e “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”.

Em que pese a conscientização de Häberle (1997, p.43) sobre a pluralização numérica e cultural da sociedade, o que dificulta a sistematização de uma participação democrática efetiva é que “a forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada”. O autor propõe a criação de ferramentas para legitimar os cidadãos na tomada de decisões, entre elas, as audiências públicas , além de fomentar a ideia de que “devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição” (Häberle,1997, p. 47-48).

Como explica Allan Duarte Milagres Lopes (2017, p.66), a audiência “destacou-se no âmbito jurisdicional constitucional, tendo em vista a aproximação häberliana entre a hermenêutica constitucional e a tentativa de superar o fechamento do Judiciário, de maneira a aproximar, dialogicamente, a sociedade e o judiciário”.

No atual sistema brasileiro de processo coletivo representativo (ainda que sob a égide da Constituição democrática de 1988), as audiências não são vistas como um mecanismo com potencialidade participativa para a implementação do contraditório, mas, apenas, como meios de compilar as opiniões dos interessados, sem vincular o juiz no enfrentamento dos pontos controvertidos da demanda no momento da prolação do provimento final.

Em regra, as audiências públicas têm o único objetivo de coletar as impressões e observações dos integrantes da sociedade, não possuindo caráter vinculativo, mas meramente consultivo.

No entanto, as audiências públicas não podem se prestar apenas como objetos de pressão política para constranger os detentores do dever de decisão, ao contrário, devem ter assumida sua natureza de implementadoras de contraditório e o seu caráter vinculante.

As audiências públicas devem ser vistas como uma forma legítima e efetiva na oportunização de ampla participação dos indivíduos interessados nas demandas coletivas, com potencial para realização do contraditório e vinculação do julgador. A realização dessas audiências públicas virtuais exige uma racionalidade crítica democrática por parte dos participantes, para que esse espaço não se torne uma mera comunidade de falantes.

Para Allan Duarte Milagres Lopes, sob a ótica do processo constitucional democrático, a audiência pública não deve se

[...] preocupar mais com a participação do que com os argumentos sustentados no debate público, sob o risco de mantê-la como um mero mecanismo inútil, através do qual o Estado finge que está se aproximando da sociedade; e, o que é pior, a

sociedade, por sua vez, acredita. A audiência pública, destarte, se levada a sério, poderá ser um mecanismo muito eficaz a partir do que se dispôs o novo CPC/15: construção de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante (Lopes, 2017, p. 97).

Lopes (2017) questiona, ainda, a efetividade de uma audiência pública se o julgador não estiver vinculado aos pontos controvertidos debatidos pelos participantes, supondo que mesmo se todos (juízes e partes) estiverem presentes na audiência pública, se os julgadores não decidirem com base nos argumentos apresentados, seja por meio de notas taquigráficas, memoriais ou outros documentos, “qual a justificativa para a convocação e realização da audiência? Mais uma vez, com o pretexto de angariar apoio popular ou se esconder atrás do escudo da audiência pública, com o fito de decidir conforme a suas convicções” (Lopes, 2017, p. 93). Essa preocupação de Lopes demonstra que a audiência pública deve ser considerada um mecanismo de implementação do contraditório nas ações coletivas.

No modelo de formação participada do mérito processual das ações coletivas democráticas como ações temáticas, a audiência pública é um mecanismo legítimo para garantir aos destinatários da decisão, afetados por seus efeitos, que não haverá surpresa no provimento final. Uma vez que os interessados compõem as discussões realizadas no *locus* de discursividade, e que todos os argumentos levantados são devidamente enfrentados no provimento final, torna-se impossível serem surpreendidos por conteúdos decisórios dos quais não tinham prévio conhecimento. Essa segurança jurídica só é alcançada quando a audiência pública tem capacidade para implementar o princípio constitucional do contraditório. Se considerada um ato meramente consultivo, a sua influência pode ser reduzida a nada e as suas conclusões se esvaírem. Para Fabrício Veiga Costa (2012, p. 192):

A realização de audiência pública é uma forma bastante legítima para efetivar a ampla participação dos sujeitos no processo coletivo. Trata-se de um momento processual de extrema relevância, no sentido de permitir um diagnóstico mais aprimorado a fim de clarear quais as demandas e os temas trazidos pelos sujeitos interessados e, assim, especializar e amadurecer o debate democrático da pretensão.

O autor defende a possibilidade da realização de audiência pública em fase postulatória, ou seja, aquela que antecede o despacho saneador, afirmando, inclusive, ser o “momento processual mais adequado” (Costa, 2012, p.192). É de suma importância esclarecer a indispensabilidade de observância do direito de defesa, contraditório, produção de provas, debate dos pontos controversos ao demandado nas ações coletivas. A dialeticidade processual e a ampla exauriência argumentativa deve ser igualmente assegurado aos interessados difusos e coletivos, assim como à parte demandada.

As audiências públicas prévias à fase instrutória podem ocorrer em sede de grupos temáticos. Na verdade, cada grupo pode eleger a maneira mais democrática e eficaz para

levantar os temas correlatos à pretensão deduzida e os pontos controversos de debate. Entre essas maneiras é possível incluir a audiência pública. Assim, no momento saneador cada grupo já apresentaria os seus temas ao juiz, liberando-o do poder-dever de criar tais temas e vinculando-o a todos os temas criados na fase postulatória, para que os supere no momento da prolação do provimento final, que deve ser devidamente fundamentado.

Inclusive, esse modelo de apontamento de pontos controvertidos por grupos, e não numa única audiência pública postulatória, em que todos os interessados sejam ouvidos de uma só vez, garante de maneira mais efetiva os direitos das minorias, visto que se ouvidas em uma só oportunidade podem ter os seus interesses ofuscados pelos interesses da maioria, ao passo que, se ouvidos dentro dos seus respectivos grupos, terão mais voz para reclamar seus direitos. Nesse sentido, o local ideal para a realização de audiências públicas na fase postulatória é dentro dos próprios grupos temáticos, já que cada tema proposto pelos grupos temáticos específicos seria igualmente analisado pelo magistrado no momento em que for julgar o mérito da pretensão deduzida.

Ademais, o processo coletivo participativo deve ser eminentemente escrito e conciso, diante das dimensões continentais do Brasil, onde, dependendo do caso, torna-se impossível ouvir todos os interessados. Assim, a audiência pública, como instrumento do princípio da oralidade, deve ser um mecanismo exclusivo da fase instrutória. As Ações Coletivas devem seguir um procedimento mais sumarizado possível.

Para Costa (2012, p. 192), “a finalidade da audiência pública ao longo da instrução processual é influir diretamente na construção do mérito processual, mediante a participação de todos os legitimados ao discurso democrático das peculiaridades da demanda”.

Após o levantamento dos pontos controvertidos pelos interessados coletivos na fase postulatória, confirmados pelo despacho saneador, o processo entra na fase instrutória, cuja realização de audiência pública é totalmente pertinente, já que os temas de discussão, nesse momento, estão delimitados, criando a possibilidade de ouvir todos que desejam contribuir tecnicamente para a formação do mérito, sem incorrer em prejuízos para qualquer integrante de qualquer grupo temático.

Assim, por considerar a audiência pública uma ferramenta essencial para assegurar o amadurecimento das questões e dos temas discutidos pelas partes, acredita-se na potencialidade da implementação do contraditório nas ações coletivas como ações temáticas, por meio de audiências públicas realizadas virtualmente, já que são vistas como ferramentas virtuais disponíveis para efetivar a comunicação na sociedade em rede.

Recorde-se que, ao longo dos anos surgiram alguns óbices à concretização da democracia no Brasil. Algumas práticas falidas geraram desconfiança nos eleitores em relação à atuação da administração pública. O voto é a principal emanção de poder realizado diretamente pelo povo. Com o poder do voto enfraquecido pela ausência de informação política ou pelas informações distorcidas, criou-se um contexto de falta de empoderamento dos cidadãos na tomada de decisões importantes para a sociedade. O sentimento de desesperança que tomou

os cidadãos quanto à atuação do poder executivo, foi similar quanto aos poderes legislativo e judiciário (em que pese o sentimento de que o judiciário é, atualmente, a única salvaguarda dos brasileiros), que ficaram desacreditados.

Com o advento das tecnologias de comunicação e informação e a expansão do uso da *internet*, novas ideias e propostas de participação popular democrática começaram a surgir, como uma esperança para a superação da crise de práticas distantes do modelo ideal de democracia e a implementação de mecanismos institucionais capazes de aproximar (ou reaproximar) o povo e o Estado.

O uso das tecnologias e da *internet* possui um relevante papel de mobilização da opinião pública, de difusão do conhecimento, de acesso à informação e de oportunidade de criação de movimentos sociais mais intensos e poderosos; por isso, todos os empecilhos que visam obstar à ampla participação popular pelas vias virtuais devem ser superados.

CONCLUSÃO

A pergunta problema da presente pesquisa foi: é possível a construção participada do mérito processual nas ações coletivas mediante o uso de ferramentas virtuais, no contexto da sociedade em rede, a fim de viabilizar e ampliar a participação popular?

A pesquisa pautou-se na ideia de Sociedade em Rede do sociólogo Manuel Castells, bem como na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de Vicente de Paula Maciel Junior, e na Teoria da Formação Participada do Mérito Processual nas Ações Coletivas, de Fabrício Veiga Costa, cujas lições são compatíveis com as premissas do processo constitucional do paradigma do Estado Democrático de Direito, intentam o rompimento do processo coletivo com o sistema representativo e a adoção de um sistema participativo que legitime o cidadão na tomada de decisões sobre direitos difusos e coletivos.

Foi importante estudar o processo coletivo brasileiro, seu histórico e quais regras são aplicadas atualmente. Não obstante, o paradigma do Estado Democrático de Direito prever a constitucionalização do processo, garantindo a efetiva participação popular e a percepção dos cidadãos como verdadeiros legitimados das decisões político-jurisdicionais, restou demonstrado que as ações coletivas ainda seguem o modelo representativo e a maioria dos juristas ainda apoia a figura do representante adequado, retirando do cidadão a oportunidade de construir o mérito processual participadamente e viciando as decisões que, muitas vezes, não superam as expectativas e anseios da sociedade. Como se não bastasse a falta de participação democrática, os efeitos das sentenças são *erga omnes* e vinculam todos os interessados, inclusive os ausentes. É importante ressaltar, nesse contexto propositivo, que os efeitos jurídicos da sentença proferida nas ações coletivas envolvendo direito do consumidor via de regra se estendem a todos os titulares do direito oriundo da mesma relação jurídica mas, não podemos deixar de mencionar a possibilidade desses efeitos poder se limitar a determinados grupos, categorias ou classes de pessoas.

A teoria das ações temáticas é referência no estudo do processo coletivo no modelo participativo, trazido pelo texto da Constituição brasileira de 1988, por isso foi escolhida para fundamentar a pesquisa, que pretendeu consolidar a legitimação dos cidadãos na democracia deliberativa, pela utilização de meios eletrônicos. Tal teoria analisa o processo pelo objeto e não pelos sujeitos e tem a virtude de oportunizar o ingresso do maior número possível de pessoas na ação coletiva, por meio da formação de grupos temáticos.

A hipótese de solução vislumbrada para a problemática proposta foi o uso de ferramentas virtuais para implementação do contraditório nas ações coletivas. Como referência para a análise da solução sugerida foi utilizada a obra *A Sociedade em Rede* de Manuel Castells, que traz a importância das tecnologias de comunicação de informação na contemporaneidade.

A pesquisa concluiu que tais ferramentas são hábeis à ampliação da participação popular no Estado Democrático de Direito e que já existem exemplos bem sucedidos que confirmam tal afirmação. Ademais, óbices surgem, no entanto precisam ser enfrentados e superados, principalmente porque as novas tecnologias e a *internet* tem se tornado cada vez mais acessível no Brasil, tanto pelos seus custos cada vez menores, quanto pela criação de programas do poder público no sentido de fornecê-las à população e garantir a inclusão de todos os cidadãos na rede.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 18. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. v. 1.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo).

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **Teoria do processo coletivo no modelo participativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.

Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LASSALE, José Maria. **Ciberleviatan**: el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital. Barcelona: Arpa, 2019.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Editora Loyola, 2015.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

LOPES, Allan Duarte Milagres. **Audiência pública e processo democrático**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, Belo Horizonte, 2017.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como açõestemáticas. São Paulo: LTr, 2006.

Recebido em: 05/01/2022

Aceito em: 25/01/2023

*Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (PPGPP) vinculado ao CCHL - Centro de Ciências Humanas e Letras (Teresina-PI). Doutorado em Educação (UFRJ); mestrado em Controladoria e Administração (UFC); especialização em Contabilidade e Planejamento Tributário (UFC); graduação em Administração (FACE - Fortaleza). Atuou por 30 anos na iniciativa privada, em bancos e seguradoras. Atuou como gerente regional e gerente comercial, respectivamente, nas corretoras de seguros da CAIXA e do Banco do Nordeste do Brasil (BNB). Há 8 (oito) anos é professor formador do PARFOR - Plano Nacional de Formação de Professores. Foi membro docente junto ao CEPEX e CONSUN pelo Campus Senador Helvídio Nunes de Barros (Picos) no período 2011/2012. Foi Coordenador do Curso de Administração do Campus Picos. Foi coordenador do Curso de Administração do Campus Amílcar Ferreira Sobral (CAFS) em dois mandatos: julho de 2016 a julho de 2018 e de agosto de 2018 a agosto de 2020. É membro representante docente do CAFS junto ao CONSUN - Conselho Universitário, CEPEX - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, CAMEN - Câmara de Ensino, ligada à PREG - Pró-Reitoria de Ensino de Graduação e CAMEX - Câmara de Extensão (PREXC). Foi, por 02 (dois) anos, presidente da CPAD - Comissão Própria de Avaliação Docente, setorial Floriano. Foi membro efetivo da CPA - Comissão Própria de Avaliação, setorial Floriano. Foi professor da Rede E-TEC por 2 (dois) anos, vinculado ao Colégio Técnico de Floriano, pólo Guadalupe (PI). É membro do CAT - Comitê de Assessoramento Técnico Científico da PROPESQI - Pró-Reitoria de Pesquisa e Inovação. Há 04 (quatro) anos é membro do Comitê Interno do PIBEX - Programa Institucional de Bolsas de Projetos e Programas de Extensão, vinculado à PREXC - Pró-Reitoria de Extensão e Cultura. Foi Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização (Lato Sensu) em Gestão de Pequenas e Médias Empresas (carga horária de 450 horas), turma I. Possui Projetos de Extensão e de Pesquisa em vigência. É o representante do Estado do Piauí junto à ANGRAD - Associação Nacional dos Cursos de Graduação em Administração (biênio 2018-2019). Atua como Elaborador de

DEMOCRACIA EXCLUDENTE: PARTICIPAÇÃO, DIREITOS SOCIAIS, CONTROLE SOCIAL E CIDADANIA COMO REPRESENTAÇÕES PERDIDAS

EXCLUSIVE DEMOCRACY: PARTICIPATION, SOCIAL RIGHTS, SOCIAL CONTROL AND CITIZENSHIP AS LOST REPRESENTATIONS

Jairo de Carvalho Guimarães*

Como citar: GUIMARÃES, Jairo de Carvalho. Democracia excludente: participação, direitos sociais, controle social e cidadania como representações perdidas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 91-114, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.91-114. ISSN: 1980-511X

Resumo

As repercussões invasivas do neoliberalismo têm acentuado o distanciamento entre o Estado e a sociedade. Em países periféricos, compreendidos como aqueles que gravitam em torno de um sistema supressivo de direitos, atingindo a liberdade e a igualdade do sujeito social, o capitalismo tem promovido sistemáticos impasses quanto à garantia dos direitos individuais. Isto mina diretamente as possibilidades do indivíduo exercer a cidadania, impede-o de atuar via participação democrática e, com efeito, compromete a adoção do controle social como recurso capaz de impedir que medidas desalinhadas com as demandas da sociedade possam ser ativadas. O objetivo deste estudo é discutir em que medida a democracia tem excluído setores específicos da sociedade brasileira quanto ao acesso a serviços públicos essenciais, contrastando com a possibilidade de tornar o sujeito autônomo e condutor da própria independência. O trabalho possui abordagem qualitativa, natureza descritiva e se apoia em autores clássicos e contemporâneos na construção das trilhas teóricas. Conclui-se que na democracia, a suposta igualdade de condições implica na supressão, em certa dose, da liberdade de ação e, neste aspecto, as principais representações dos arranjos sociais – participação ativa, controle social, direitos sociais e cidadania – são secundarizados em sua essência sociológica, desestruturando as articulações que poderiam demarcar os territórios de resistência e de luta contra o poder opressor.

Palavras-chave: neoliberalismo; democracia; exclusão;

cidadania; autonomia.

Abstract

The invasive repercussions of neoliberalism have accentuated the distance between the State and society. In peripheral countries, understood as those that gravitate around a suppressive system of rights, reaching the freedom and equality of the social subject, capitalism has promoted systematic impasses regarding the guarantee of individual rights. This directly undermines the individual's possibilities to exercise citizenship, prevents him from acting via democratic participation and, in effect, compromises the adoption of social control as a resource capable of preventing measures that are out of line with society's demands from being activated. The objective of this study is to discuss the extent to which democracy has excluded specific sectors of Brazilian society in terms of access to essential public services, contrasting with the possibility of making the individual autonomous and conducive to his own independence. The work has a qualitative approach, descriptive nature and is based on classic and contemporary authors in the construction of theoretical trails. It is concluded that in democracy, the supposed equality of conditions implies the suppression, to a certain extent, of freedom of action and, in this regard, the main representations of social arrangements – active participation, social control, social rights and citizenship – are relegated to secondary status. its sociological essence, disrupting the articulations that could demarcate the territories of resistance and struggle against the oppressive power.

Keywords: neoliberalismo; democracy; exclusion; citizenship; autonomy.

Itens para o BNI - Banco Nacional de Itens do ENADE (INEP-MEC) desde maio de 2018. É membro titular do Conselho Curador (2019-2021) da FADEX - FUNDAÇÃO CULTURAL E DE FOMENTO À PESQUISA, ENSINO, EXTENSÃO E INOVAÇÃO. Há 3 (três) anos é parecerista de trabalhos submetidos ao SEMEAD (PPGA/FEA/USP). Há 03 (três) anos é parecerista de trabalhos submetidos ao ENANGRAD - Encontro Nacional dos Cursos de Graduação em Administração, promovido pela ANGRAD. Foi editor adjunto do dossiê Políticas Públicas de Estímulo ao Empreendedorismo, publicado pela RÊLISE - Revista Livre de Sustentabilidade e Empreendedorismo. Realiza pesquisas no campo do Empreendedorismo (econômico, social, institucional e educacional); Gestão Ambiental e Sustentabilidade; Currículo; Competências Docentes; Relações do Trabalho; Motivação, Gestão de Pessoas, Gestão e Políticas Públicas; Educação, Estado e Sociedade; Transformações Sociais; Capitalismo e Políticas Públicas. E-mail: jairoguimaraes@ufpi.edu.br

INTRODUÇÃO

Para compreender como se constroem os fundamentos de uma democracia consolidada, é necessário, *a priori*, que se analise as rotas que permitiram a sua moldura política, econômica, cultural e social e, *a posteriori*, em que medida a realidade constitui, de fato, um processo de aproximação do Estado com a sociedade de forma a reduzir os descompassos sociais. A constatação de que o Estado-nação contemporâneo, sob a perspectiva neoliberal e a reboque das orientações capitalistas, está dissociada da sociedade a quem deveria servir (Bobbio, 2018; Copatti, 2010; Piketty, 2020; Santos, 2013), implica afirmar que os artefatos de empoderamento social – participação democrática, controle social, cidadania –, os quais concedem solidez e legitimidade na relação entre os sujeitos coletivos e o Estado, na busca da solução dos problemas da sociedade, indicam baixa efetividade em democracias excludentes.

Os sistemas excludentes geram, como efeito perverso, significados perdidos, sentimentos retidos, esperanças suprimidas, porque se distanciaram dos propósitos e das prioridades que deveriam defender, sempre mirando o bem-estar coletivo. É o que Secchi (2019, p. 30) chama de “pragmatismo político das democracias”, correspondendo à tomada de decisão de uma política pública sem a identificação prévia de um problema público. Ou seja, uma inversão de sentido, a qual certamente tem como determinante o atendimento de demandas particulares, em detrimento das necessidades coletivas. O postulado democrático, sob este cenário, torna-se, portanto, um balizador desconstituído de valor moral, produzindo um efeito perverso, porquanto atua de maneira invasiva nos direitos mais basilares do ser social.

Mas, como elaborar um conceito razoavelmente apreendido que possa explicar o que vem a ser democracia excludente? Pressupõe-se que inexistem questionamentos que neguem o julgamento quanto à função que deve exercer uma nação legitimamente democrática. Porém, alguns contornos da tomada de decisão de gestores públicos em determinadas democracias enviesam o significado primeiro dos propósitos nacionais – e, portanto, em integral submissão aos interesses coletivos – e colocam em risco direto o sentido finalístico da ação estatal, que é a busca do bem-estar da população. Como exemplo claro, pode-se citar os governos e os partidos populistas, que mesmo expressando uma aura democrática, são frontalmente contrários às instituições, isto é, rejeitam “[...] o modelo tradicional de democracia representativa” (Przeworski, 2020, p. 116).

A propósito da expressão “populismo”, Piketty (2020) faz um amplo arrazoado explorando as clivagens identitárias, sob a perspectiva do diagrama social brasileiro, aduzindo o caráter ideológico, estigmatizado e efêmero de algumas condutas modernas no campo político-social. Para o autor, “[...] esse termo se tornou a arma suprema que permite a categorias sociais objetivamente muito privilegiadas desqualificar de antemão toda crítica a suas opções políticas e programáticas” (Piketty, 2020, p. 815), realçando que o termo é polissêmico e não expressa absolutamente nada, quando se busca a precisão do seu significado. Ou seja, qualquer narrativa que consigne de populista uma medida a ser implementada por determinado gestor público pode estar revistada de falácia e de interesses escusos, ocultando os reais interesses contidos por trás da suposta “medida

de alcance coletivo”. Assim, Piketty (2020) reafirma que qualquer movimento dito populista pode ser reivindicado por grupos de esquerda ou de direita, não se sabendo ao certo em que patamar o protagonismo das classes desprivilegiadas se encontra.

Está-se, assim, diante de uma democracia impostora, que afugenta as possibilidades de debates, diálogos e representatividade, elementos cruciais no contexto de uma democracia consolidada, a qual convoca os cidadãos a participarem ativamente das deliberações de interesse coletivo, predominando a orientação social. Uma democracia excludente, portanto, reveste-se de uma pele democraticamente bem ajustada ao gosto do freguês (eleições livres e diretas, direito ao voto, direito de ser votado, etc.) – explorando o elo simbólico das relações entre sociedade política e sociedade civil – mas, no seu interior há fragmentos de autoritarismo, xenofobia, racismo, extremismos, falácias, *Fake News*, misoginia, etc., os quais naturalmente contaminam o debate, rejeitam o contraditório, desdenham de posturas frágeis, afugentam o instinto de necessidade, desprezam o social como se a democracia não estivesse pautada no conceito mais amplo de sociedade plural.

Esta assimetria compromete o caráter de representatividade e de significação do sujeito social (Miguel, 2014). Diante destas posições iniciais, lança-se a seguinte questão norteadora: Tomando a democracia brasileira como um processo excludente nos moldes do sistema neoliberal vigente, restariam perdidas a participação ativa do homem comum, os direitos sociais, o controle social e a própria cidadania, como representações que sustentam a social-democracia? Para aprofundar os debates, o estudo tem como objetivo discutir em que medida a democracia tem excluído setores específicos da sociedade brasileira quanto ao acesso a serviços públicos essenciais, contrastando com a possibilidade de tornar o sujeito autônomo e condutor da própria independência.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O AMBIENTE DEMOCRÁTICO

A necessidade de que a emancipação do sujeito seja estruturada por intermédio de iniciativas legítimas, assegurando, assim, as liberdades individuais, a igualdade de condições e a proteção social para todos, torna-se uma prerrogativa inarredável para que a democracia garanta, com robustez, os pilares que constituem a teia sociológica em nações nas quais o Estado Democrático de Direito funciona ativa e regularmente, sem percalços. Em sistemas democráticos consolidados, a liberdade e a igualdade não podem estar na contramão das recentes conquistas sociais. Para Rubio e Díaz (2021, p. 81), “las teorías de democracia deliberativa y de elaboración participativa de las constituciones dan un valor central a la inclusión de mecanismos de participación ciudadana incidente como mecanismos de fortalecimiento democrático”. As contradições que há na imposição estatal sobre as subjetividades do sujeito social acabam por minar as bases da estrutura democrática.

Percorrendo uma convicção conceitual, pode-se afirmar que os movimentos civilizatórios contemporâneos normalmente têm externado uma certa evolução, no que se refere à ampliação dos direitos sociais, mesmo aqueles subordinados à proteção e à liberdade do indivíduo. Por outro lado, não obstante que alguns indicadores setoriais analisados após a promulgação da Constituição

Federal de 1988 (CF/88) tenham exposto melhorias fáticas nas ações voltadas para a mitigação das desigualdades sociais no Brasil face à descentralização administrativo-financeira do poder central, percebe-se, em sentido inverso, que a chegada de grupos dominantes ao poder tem produzido o esfacelamento, a redução ou a eliminação de alguns direitos sociais, os quais foram conquistados com muita resistência e ampla mobilização dos grupos em desvantagem. Neste ponto, convém resgatar Brown (2019, p. 33), para quem “A igualdade política é a base da democracia”, em outras palavras, ausente a igualdade política – cuja função é a autorização, por todos, do poder político concebido – a democracia resta comprometida.

Nos Estados Unidos, por exemplo, denominado “berço da democracia”, face ao ineficiente sistema econômico liberal operado, confere-se ser este fator a razão principal “[...] de taxas de crescimento muito baixas, de um enorme aumento da desigualdade e da estagnação do padrão de vida da metade mais pobre” (Pereira, 2021, p. 2). Trata-se de uma realidade que não se pode escamotear, mesmo considerando o poderio econômico e bélico do país, mas que, paradoxalmente, os governantes não conseguem debelar os efeitos de um sistema que impõe sacrifícios a quem consome (forte tributação no consumo) e benefícios (inúmeras vantagens tributárias) a quem se encontra nas faixas mais elevadas da riqueza nacional, isto porque o modelo neoliberal se consagrou como instrumento único de progresso, riqueza, liberdade e eficiência, produzindo, assim, os desarranjos sociais conhecidos, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil. É, de fato, uma rede que amplia os seus tentáculos em países centrais, mas, sobretudo, nas nações periféricas, muitas destas subalternas aos países mais desenvolvidos. Como situa Yazbek (2018), a ordem capitalista tem produzido grandes desigualdades e, no bojo, o comprometimento da renda e da riqueza das pessoas, reforçando, assim, o círculo deformado das desigualdades sociais.

Esta constatação contrasta com as possibilidades de equacionamento dos problemas socioeconômicos modernos, especialmente os evidenciados por conta da COVID-19, visto que o cenário tem estreita relação com o fortalecimento do capitalismo, instrumento norteador de políticas públicas conduzidas por agendas neoliberais e por grupos políticos obcecados pela manutenção do poder a qualquer custo. Conduzidos por uma atmosfera discursivamente democrática, muitos movimentos tendem a se descolar dos propósitos fundamentais do Estado-nação, na medida em que defendem a garantia de interesses de grupos privilegiados, em detrimento das ações que possam permitir a proteção, a liberdade e a participação do sujeito comum nas decisões que têm proximidade com a realidade social.

Porém, a comprovação de que comportamentos e decisões alheios aos interesses de uma coletividade são sistematicamente apropriados pelo grupo detentor do poder político, sugere o enfraquecimento imediato do desejo do indivíduo comum na participação decisória dos destinos dos coletivos abandonados, *in casu*, na sugestão direta de políticas públicas. Como menciona Secchi (2019), as políticas públicas são acionadas para resolverem os problemas públicos, estes identificados pelos grupos diretamente afetados pelo *déficit* social.

O comprometimento das repercussões fáticas relacionadas ao controle social, à cidadania e à participação deliberativa, imbricadas na teia que envolve o papel da sociedade nas suas

interlocuções com o Estado – este aqui consignado como organismo regulador da construção social de uma realidade fragmentada pela fluidez das desigualdades sociais coletivas e da liberdade vigiada do sujeito comum – contribui para impedir que ações pragmáticas, as quais poderiam equacionar os problemas sociais, mostra-se, na conjuntura democrática de algumas nações modernas, enviesado e contraditório. Em breve esboço histórico, Silva (2016, p. 239) relata que:

No século XX, a partir da década de 1960, o mundo conheceu vários movimentos sociais que questionaram a concepção de democracia restrita à participação no processo eleitoral e introduziram a necessidade de vinculá-la ao processo de diminuição das desigualdades sociais. Compreenderam que a desigualdade social é estrutural no modo de produção capitalista e que a democracia liberal reproduz essa desigualdade no campo político e social.

Em estudo desenvolvido tendo o Chile como *locus*, Rubio e Díaz (2021) discorrem sobre o desencanto dos chilenos no que se refere à confiança em relação aos políticos e às instituições, reforçando o cenário de desamparo da sociedade no que diz respeito ao suporte institucional que precisa estar consolidado na sua relação com o Estado. A falta de legitimação institucional desloca o protagonismo societário para a sociedade política (Santos, 2013), cujo enredo antidemocrático se confirma na adoção de medidas coercitivas de controle social invertido, ou seja, na medida em que a cidadania – artefato catalisador e regulador do poder estatal – é solapada no seu aspecto mais sublime, os atores políticos recorrem ao modelo vertical, em que o Estado se sobrepõe ao cidadão, sendo relevante pontuar que, sob o sistema democrático inclusivo, o *accountability* vertical de desdobramento societal deveria permear as relações entre Estado e sociedade (Carvalho; Carvalho, 2021).

Ao considerar que a sociedade constitui uma realidade não apenas objetiva, mas subjetiva, porquanto há a inadiável necessidade de que o sujeito-ator precisa exercitar a dialética como fundamento para a sua inserção nesta tessitura ontológica, Berger e Luckmann (2011) afirmam que os conteúdos e os acontecimentos objetivos dão feição aos processos formativos da subjetividade, na medida em que, ao tentar compreender o sentido dado por outra pessoa à suas proposições e ações, o indivíduo interioriza subjetivamente o significado da situação, mesmo que não haja “[...] congruência entre os processos subjetivos dele e os meus. A completa congruência entre os dois significados subjetivos e o conhecimento recíproco desta congruência pressupõe a significação [...]” (Berger; Luckmann, 2011, p. 168).

É a capacidade de perceber que a sua ação pode influir no cotidiano do outro que permite às pessoas viverem em sociedade, sob uma ordem democrática consistente, na medida em que se estabelecem as relações sociais construídas coletivamente, por meio da ativação da esfera pública, à luz do agir comunicativo, defendido por Habermas (Avritzer; Costa, 2004). Um empecilho natural para que a participação do cidadão seja sistematicamente ativada reside no modelo gerencialista adotado pelo aparato estatal, sob o domínio do sistema neoliberal (Misoczky; Abdala; Damboriarena, 2017; Vargas–Hernández, 2015), o qual define grandes fissuras entre as demandas coletivas e a máquina pública, bloqueando, destarte, medidas eficazes de proteção e de suporte

social, face representar – este ente superaparelhado – uma clara inversão do sentido concebido ao atendimento das necessidades mais latentes – da sociedade em direção ao Estado.

Há certo consenso ao assumir que a apreensão do problema do outro contribui para a redução dos conflitos e, sob este contexto, os significados se encontram e constituem elos difíceis de desfazimento, porque presentes o entendimento e a convergência de pensamentos. Porém, como acentua Lipovetsky (2005b), o incentivo ao ego na modernidade desloca o significado de coletivo a um patamar subalterno, enaltecido pela massificação da conquista individualista e da cultura hedonista latentes no seio de uma sociedade cada vez mais segregada, cujos domínios enveredam para a seara do ódio social (Lipovetsky, 2005b), do confronto e da coerção física. São tempos modernos que afastam os homens das suas históricas bases familiares, cujos valores verdadeiros e legítimos são suplantados pela obsolescência do congraçamento.

Não prospera, como deveria naturalmente acontecer em regimes democráticos, a busca da solução pacífica dos conflitos, por meio da mediação e da argumentação. Ao contrário, percebe-se, em debates nada profícuos para o conjunto da sociedade, o enfraquecimento do outro, tornando-o desimportante no contexto social minimamente estruturado, tendo, muitas vezes como pano de fundo, os discursos políticos reduzidos em sua concepção ética, pautados pela ideologia deslocada, contraditória e revestida de falácias e de contextos utópicos, apoiada, como de praxe, na sedução midiática, que com uso de um *marketing* político programado (Lipovetsky, 2005a) envolve os leigos – por distanciamento do centro do poder – e também os esclarecidos – pelo conhecimento das vinculações e repercussões atinentes aos seus interesses.

O reconhecimento da existência do outro perde o seu sentido a partir da invasão de seu território simbólico e cultural por sujeitos alheios a qualquer possibilidade de adoção de entendimentos e de aceites emancipatórios. A democracia deliberativa, conforme preconizado por Habermas (2014), resta esgotada em sua convicção mais relevante: a “[...] democracia deliberativa está enraizada no ideal intuitivo de uma associação democrática na qual a justificação dos termos e das condições da associação ocorre por meio da discussão pública e do debate racional entre os cidadãos iguais” (Habermas, 2014, p. 72), cuja concepção é apoiada pela compreensão de Faria (2016).

Mas, como compreender o outro, mesmo trilhando caminhos diversos dos meus, senão pelo método dialético? Como admitir a construção coletiva de um projeto nacional se os polos não se dispõem a estabelecer um encadeamento capaz de convergir os interesses comuns? De que ambiente democrático estamos falando, afinal? Em nações nas quais o desejo das pessoas de participar das articulações e composições políticas se apresentavam com vigor, atualmente a opacidade coletiva se ampliou e o interesse individual perdeu a sua densidade. A indiferença com o processo eleitoral tem revelado esta nova realidade, em razão do número de abstenções nas competições diretas. Então, como estimular a emergência do sujeito social em um ambiente contaminado por uma democracia inconclusa? A próxima seção direciona luz para este ponto.

COMO O CAPITALISMO PULVERIZA O SENTIDO DE DEMOCRACIA

Ao considerar que a ordem democrática deve estar assentada não apenas nos postulados constitucionais – elemento balizador do processo constitutivo da cidadania – mas, sobremaneira, nas práticas sistemáticas das instituições – Executivo, Judiciário, Legislativo – que, em sintonia, promovem as adequações intercambiadas de forma a manter a harmonia e, desta forma, garantindo as prerrogativas individuais, almeja-se que condições positivas assegurem o livre fluir da conduta cidadã e das relações jurídicas estabelecidas.

No âmbito do Poder Executivo, *in casu*, exige-se um apurado sistema de Governança a fim de reduzir os efeitos corrosivos do modelo capitalista vigente, porém, o modelo se mostra orientado a suprimir informações, impedindo a ação direta dos coletivos sociais. O Relatório 2019 do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, afirma:

Os sistemas e processos de governança inclusiva e responsável são reconhecidos como elementos fundamentais para o desenvolvimento sustentável e a segurança humana. São necessárias instituições e mecanismos inclusivos, eficazes e responsáveis para a solução pacífica de conflitos e a promoção da coesão social, com vistas a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas (PNUD, 2019, p. 10).

Porém, constata-se uma crise de legitimidade política, conforme afirma Castells (2018) e, neste aspecto, o que a torna ainda mais resistente num ambiente de democracia fragilizada e exposta é a ausência de consistência nas relações estabelecidas entre a sociedade e o Estado, especialmente no que se refere à contemplação dos direitos sociais, muitos dos quais solapados nos últimos anos, tendo como protagonista desta atecnia contemporânea, o modelo capitalista. Há um significado marcante na influência que exerce o aparelho estatal sobre a realidade socioeconômica brasileira, cujo determinantes se revelam por meio da capacidade de prestação de serviços e pela implementação de políticas públicas comprovadamente efetivas, porém, nem sempre promovidas com a devida atenção aos apelos sociais dos grupos em desvantagem via decisões políticas que, em tese, deveriam ser mediadas e negociadas, muito em razão do espectro de solidariedade que emerge como fonte de integração social.

Para Habermas (2005, p. 2), sob a arquitetura republicana, “[...] a política não se esgota nessa função de mediação; antes, é um elemento constitutivo do processo social como um todo”, isto é, avaliando a configuração que se expressa pelo distanciamento comprovado entre a sociedade civil e a sociedade política, cujas dificuldades são amplificadas, nem que alguns organismos institucionais, como os Conselhos Gestores, tentem eficazmente desenvolver uma maior aproximação entre as esferas (Ribas; Meza, 2018), afirma-se a preferência pela desmerecimento do valor e da voz do outro, como característica marcante de condutas hedonistas e egoístas.

Esta “articulação perversa” que permeia as relações entre Estado e sociedade não apenas fulmina as convenções inafastáveis visando à flexibilização e a acomodação dos entendimentos,

mas, sobremaneira, empurra *sine die* para uma prateleira inferior a afirmação de prioridade para a solução dos problemas de cunho social. Secundariza-se o que deveria ser naturalmente posto em primeiro plano. É, como diz Copatti (2010, p. 86) “a evolução estatal nos permite verificar que os pilares de um Estado, que se diz democrático, não podem estar fundados na sobreposição do ente estatal sobre os cidadãos”.

Snyder (2019) menciona que, em países de instituições frágeis e de povo inerte e opaco quanto à participação ativa na busca de marcação de territórios políticos e sociais (Chaui, 2007), emergem vieses antidemocráticos e autoritários, comprometendo diretamente as relações entre Estado e sociedade, tornando impermanente os procedimentos de fixação dos interesses coletivos, a partir da iniciativa do homem comum. Sob este cenário, o capitalismo se insurge como agente simbólico – porquanto se movimenta orientado por fortes grupos econômicos e políticos – na medida em que desconstrói qualquer possibilidade de alinhamento nas relações mantidas, pulverizando as alternativas de garantia da proteção social às pessoas menos afortunadas com as riquezas do país.

É perceptível que há uma “fragmentação da vida social no capitalismo” (Wood, 2003, p. 27) em razão da natureza histórica e desigual que o sistema impõe à sociedade moderna, chegando a tamanha repercussão desproporcional – na relação capital x trabalho – que Piketty (2020) propugna a sua erradicação, sugerindo a adoção do “socialismo participativo” (Piketty, 2020, p. 819), momento em que Wood (2003) reforça a necessidade de que todo socialista deveria estar comprometido com os ideais e os objetivos dos bens extraeconômicos – emancipação de gênero, igualdade racial, paz, saúde ecológica, cidadania democrática. Nesta variante conceitual, Tocqueville (2019), em seu célebre Tratado sobre a Democracia na América, afirma que:

Em política, a ocasião se oferece a todo instante por si mesma. Ora, é somente nas grandes associações [esfera pública] que o valor geral da agregação se manifesta. Os cidadãos, individualmente frágeis, não fazem de antemão uma idéia [sic] clara da força que podem adquirir ao se unir (Tocqueville, 2019, p. 611).

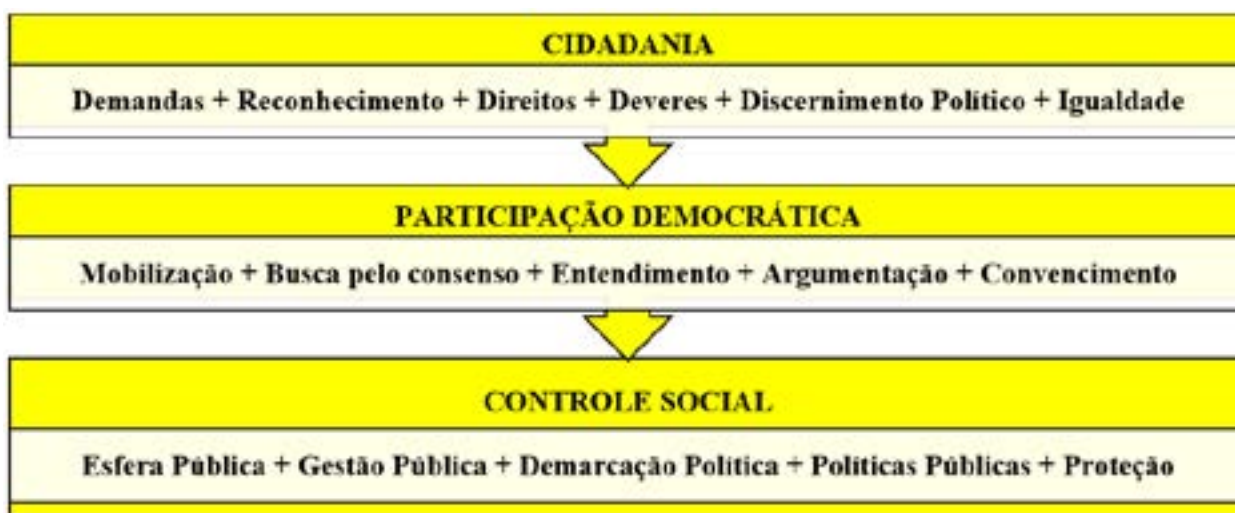
Como afirma Dagnino (2004), há uma confluência perversa resultante do posicionamento de dois campos, supostamente contraditórios: o projeto neoliberal e o projeto democratizante, dito participativo, este fruto das mobilizações gerais visando à garantia do ambiente democrático. Consagrado na CF/88, o princípio da participação da sociedade civil (Dagnino, 2004, p. 141) foi determinante “[...] na criação de espaços públicos e na crescente participação da sociedade civil nos processos de discussão e de tomada de decisão relacionados com as questões e políticas públicas”, reafirmando, portanto, o caráter de referência que estes dispositivos revelam para a formação de uma arena democrática em sua plenitude.

TRILHAS DE FORMAÇÃO DO SUJEITO SOCIAL

Para além das predileções políticas, as pessoas expressam o seu descontentamento em

outros setores da sociedade civil. Para Przeworski, (2020, p. 25), “A perda de confiança nas instituições inclui também a mídia, os bancos, as empresas privadas, até as igrejas. Pessoas de orientações políticas, valores e culturas diferentes veem umas às outras cada vez como inimigas. Estão dispostas a fazer coisas terríveis.” O fato é que, conforme aponta Retamar-Fernández (2006, p. 83), “O pensamento não nasce de outro pensamento, mas de uma realidade concreta” e é esta realidade que o sujeito precisa elaborar a fim de demarcar território na arena político-social. A Figura 1 propõe um possível fluxo das ações a partir da apreensão do sujeito social.

Figura 1 – Possibilidades de promoção da iniciativa do sujeito social



Fonte: Elaboração do autor, 2022.

Realizando a leitura dos fatores inter-relacionados aos dispositivos democráticos (Figura 1), pode-se observar que a questão central é como promover as ações de resistência e de avanços, tendo como pano de fundo um sistema que molda e orienta as ações do Estado? Como reconhecer que o aparato estatal conceberá as fraturas expostas pelo tecido societário se no bojo de sua estrutura institucional há um caráter utilitário e cartesiano, no que diz respeito à sua estratégia decisória? Como justificar que a Administração Pública, que em tese “[...] tem o papel de incentivar a efetiva participação cidadã” (Sabione; Ferreira; Reis, 2018, p. 82), não atua para fomentar a ação cidadã no contexto dos desequilíbrios sociais vigentes, transparecendo que a responsabilização pelos graves problemas sociais está sob a alçada da sociedade? Compreender que relações subsistem entre o capitalismo e a democracia é a pauta da próxima seção.

AS IMBRICAÇÕES ENTRE O CAPITALISMO E A DESORDEM DEMOCRÁTICA

Os influxos morais e culturais determinados pelo modernismo dão contorno ao espectro democrático da atualidade, no Brasil. A revisão ontológica do sujeito social parece ter esmaecido

o brilho subjetivo que percorre o sentimento do ser racional. A ideologia pura, cristalizada por arroubos de violência, de coerção e de ódio, dão o tom para o estágio da modernidade hodierna. A modernidade, para Lipovetsky (2005a, p. 61), refere-se à “[...] essa nova lógica artística à base de rupturas e descontinuidades, que se apóia na negação da tradição, na cultura da novidade e da mudança”, isto é, há um negacionismo evidente na compostura ética e moral dos indivíduos contemporâneos, no curso das formações civilizatórias.

Tal realidade desloca o significado que tem o arcabouço capitalista de uma patente de deslegitimação das relações entre sociedade e Estado, visto que avança no aprofundamento dos dissensos entre os sujeitos sociais. Como relata Wood (2003, p. 29), “a primeira característica do capitalismo é ser ele incomparavelmente indiferente às identidades sociais das pessoas que explora”. É inviável haver democracia plena nestas circunstâncias. Também Brown (2019, p. 34), abordando as ruínas do neoliberalismo na atualidade, alerta que “[...] a sistematização da violência ou da miséria coletiva leva ao fim da democracia”. Também Pereira (2020) reafirma a sua convicção sobre a relação entre neoliberalismo e democracia. Para ele,

A causa da crise que hoje nos rodeia não acontece porque as instituições políticas democráticas falharam e sim porque as instituições econômicas fracassaram e tiveram consequências deletérias no plano social e político. Não foi a democracia que fracassou, foi a forma neoliberal que o capitalismo assumiu desde 1980 e que hoje enfrenta uma crise terminal (Pereira, 2020, p. 52).

A combinação nociva entre democracia e sistema econômico se revela com força e vigor na inexpressiva conversão de serviços públicos de qualidade à população de baixa renda. Como alerta Harvey (2014), o sistema age de tal maneira que a condição precedente para um possível recrudescimento das ações estatais em benefício dos grupos mais vulneráveis é que as transações de mercados fluam com naturalidade, “[...] procurando enquadrar todas as ações humanas no domínio do mercado” (Harvey, 2014, p. 13), isto é, os dispositivos de ativação da cidadania estão posicionados subalternamente às preconizações do mercado. Em denso artigo, Moraes (2019) traz um roteiro histórico sobre a influência do capitalismo, ainda mais invasivo nos dias atuais, sobre o universo social, relatando as incoerências do modelo como instrumento de salvaguarda dos interesses particulares, mas também no que remete às demandas societárias. Trata-se de um sistema utópico, gerando desconfianças e ceticismo. O Quadro 1 elenca as forças que deram origem ao atual estágio do capitalismo.

Quadro 1 – Consequências modernas do capitalismo

Mudanças rápidas na organização do sistema produtivo, mas crescimento econômico precário e ciclotímico. Abria-se uma era de incerteza ampliada, de insegurança, uma era do medo generalizado;

Ampliação das desigualdades sem precedentes na história do capitalismo, talvez comparável apenas ao seu momento de formação;
--

Redução do Estado que se manifestava, sobretudo, na pressão sobre políticas públicas. Estas refletiam conquistas seculares dos movimentos populares (saúde, educação, previdência etc.);
Mundo do trabalho pulverizado, fragmentado e desnordeado, graças à combinação perversa de reformas econômicas (macro e micro) e às notáveis inovações tecnológicas, com a automação e o uso da inteligência artificial;
Crescente movimento de restrições à democracia, mesmo à frágil democracia representativa que foi bandeira da reconstrução do pós-guerra.

Fonte: Moraes (2019, p. 13.)

O legado democrático, nesta conexão direta com o diagrama capitalista, tenta levar ao tecido societário a crença, frágil, diga-se de passagem, que o seu desenho é pautado pela garantia de alguns direitos, cuja *performance* eleitoral se sobressai, porém, a partir da orientação da elite utilitária e democrática, importa conferir que a sua estrutura decorre de “[...] um processo competitivo e adversarial entre indivíduos e/ou grupos com preferências fixas que buscam maximizá-las por meio da influência nos centro de poder” (FARIA, 2016, p. 204). O cenário remete a uma plena desordem institucional e regulatória, tendo em vista que os pressupostos democráticos implicam em sistemático processo de degradação social, resultado das imposições de uma elite conservadora e dominadora. Então, questiona-se: Como conceber procedimentos participativos, medidas de controle social e a fixação da cidadania em cenários tão antagônicos, alimentados por uma lógica democrática contraditória? Não parece haver ordem democrática, sob estas circunstâncias.

A argumentação da desordem dispõe de alguns elementos que tendem a consubstanciar a necessidade de organização e recomposição de forças. Para além de fatores que supostamente estão relacionados ao comportamento do homem primitivo, cujo postulado conceitual de Adam Smith é desconstruído pelas configurações da psicologia comunista, Polanyi (2021, p. 102) advoga que “[...] a economia humana, em regra, está enraizada em suas relações sociais. O homem não age para salvaguardar seu interesse individual na posse de bens materiais; age para salvaguardar sua posição social, suas reivindicações sociais, seu patrimônio social”.

Dito de outro modo, embora não se desconsidere que o fator econômico interfere nas relações sociais, não é este o ponto de chegada do propósito do indivíduo comum, visto que a obtenção dos bens materiais – premissa basilar do capitalismo – serve-lhe apenas para suprir as necessidades inerentes, não à sua subjetividade, enquanto sujeito pensante. Acerca da nova atmosfera que deveria prevalecer no ambiente democrático, Lipovetsky (2005a) faz um resumo singular. Para o filósofo francês:

[...] é a hora do desengajamento do Estado, das iniciativas locais e regionais, do reconhecimento das particularidades e identidades territoriais; a nova repartição da sedução democrática humaniza a nação, ventila os poderes, aproxima as instâncias de decisão dos cidadãos, redistribui dignidade às periferias (Lipovetsky, 2005a, p. 9).

Por outro lado, Jaeggi defende o debate em torno do campo econômico como um elemento presente no contexto de prática social. Neste aspecto, propugna o autor (Fraser, 2020, p. 20-21), “numa abordagem orientada pela prática, a economia e suas instituições são compostas por um subconjunto de práticas sociais que estão inter-relacionadas, de várias formas, com outras práticas que, tomadas em conjunto, formam parte do tecido sociocultural da sociedade”. A distribuição desproporcional da riqueza de um país implica no distanciamento das classes e no empobrecimento generalizado, produzindo confrontos inconsequentes, os quais contribuem para o desfazimento da ordem pública, na medida em que os meios tradicionais e proativos de intervenção social – participação, controle social, ativação da cidadania – se prostram diante da coerção, sob o signo da motivação institucional legal. Neste ponto, Yazbek (2018, p. 184) afirma que o modelo capitalista promove a “[...] divisão da sociedade em classes e da disputa pela riqueza socialmente construída”, ampliando o fosso entre pobres e ricos.

Uma resposta plausível para desfazer este descompasso social pode advir com a adoção de dois importantes fatores na estrutura das relações econômicas e sociais da contemporaneidade: redistribuição e reconhecimento (Fraser, 2020; Lipovetsky, 2005a), em face da riqueza e do *status* cultural, ou, como prefere Polanyi (2021), reciprocidade e redistribuição, em razão do suprimento alimentar e material da família e no tocante à distribuição equitativa da produção agrícola. É nesta trilha que Piketty (2020) se aventura conceitualmente, ao defender a erradicação do capitalismo por meio da implementação do socialismo participativo, este capaz de trazer para o centro dos debates o papel de cada indivíduo na teia social e, portanto, concedendo-lhe a prerrogativa de participação, por meio do exercício da cidadania.

O ponto central, aqui, é o registro de uma nova configuração societária, na medida em que o sujeito é reconhecido como parte integrante do grupo social e tem consciência de que poderá ser beneficiário da distribuição das riquezas produzidas. Para tanto, é fundamental que o indivíduo detenha discernimento político e aja ativamente na composição de um corpo coletivo robusto e inteirado dos seus direitos, a fim de fazer valer eficazmente a contrapartida territorial, demarcando espaço político e construindo as pontes para a tomada de decisão sobre políticas públicas, por exemplo. Como afirma Raichelis (2015, p. 341), o controle social “[...] é peça-chave no processo de constituição da esfera pública democrática”. Por outro lado, Schumpeter (2008) emite uma ideia de que os polos – social e econômico – precisam, para sobreviver, moldar escolhas e mentalidades, caso queiram de fato caminhar juntos. Para o economista,

As coisas econômicas e sociais se movem por seu próprio impulso e as situações que se seguem compelem os indivíduos e grupos a se comportarem de certas maneiras, seja o que for que queiram fazer – não de fato destruindo sua liberdade de escolha, mas moldando as mentalidades de escolha e estreitando a lista de possibilidades para escolher (Schumpeter, 2008, p. 129-130).

O fato é que as imbricações que permeiam o binômio capitalismo-democracia tornam complexas a dialética que deveria estatuir uma aproximação entre sociedade e Estado. Contudo,

como postula Teixeira (1999, p. 140), a globalização continua sendo capaz de produzir sérios prejuízos sociais ao tecido coletivo, visto que eleva o desemprego, gera precariedade nos contratos de trabalho e reduz as garantias sociais. É portanto, uma estrutura segregadora.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DESIGUALDADES E DAS SEGREGAÇÕES COMO REFLEXO DA DESORDEM

A realidade incongruente observada nas nações democráticas remete a tempos modernos complexos. O regime democrático nem sempre é inclusivo, razão pela qual na mínima constatação de que os direitos sociais estão sendo solapados, as forças das classes menos favorecidas precisam estar organizadas e articuladas. Para Piketty (2020) – que nomeia de regime desigualitário todo aquele que corrompe a sociedade através de instrumentos, às vezes legítimos, mas concretamente incompatíveis – “no fundo, todo regime desigualitário se apoia em uma teoria da justiça. A desigualdade se justifica e se fundamenta em uma visão plausível e coerente da organização social e política ideal” (Piketty, 2020, p. 625). Adicionalmente, qualquer possibilidade de alinhamento sociopolítico que permita assegurar uma coalização igualitária, perpassa pela “[...] construção político-ideológica complexa”, conforme reforça Piketty (2020, p. 626).

A motivação não econômica, isto é, desatrelada do construto capitalista, aproxima as pessoas e as torna capazes de articular movimentos visando à solução de suas demandas. Há princípios comportamentais evidentes que justificam o poder de conjunção de forças, por meio do controle social, da participação ativa e da cidadania, como meios eficientes de intervenção na estrutura estatal. Porém, o distanciamento entre o Estado e a sociedade civil em cenários antidemocráticos remetem à deslegitimação do poder estatal e afugenta quaisquer condições mínimas necessárias para permear possibilidades de garantias de direitos sociais. Esta rotina corrói as competências individuais, porque desestabiliza as motivações e as vontades. Qualquer pessoa no íntimo deseja ser competente, conforme asseguram Bouffard e Vezeau (2011, p. 31), ao afirmarem que:

Sentir-se competente é, sem dúvida, uma característica necessária ao bem-estar psicológico de cada um. A sensação de controlar os resultados de suas ações para agir com eficácia no seu ambiente parece contar entre as necessidades fundamentais do ser humano. As consequências dessa percepção são múltiplas: ela influencia os comportamentos, os desafios que se escolhe para enfrentar e, no final, o que se consegue fazer na vida.

Conforme estatui Bobbio (2018), em tempos de crise – inclusive naqueles em que a forma de governo e a condução de uma nação destoam dos fundamentos do Estado Democrático de Direito – é a sociedade civil a fonte privilegiada para geração de legitimação, de discussão e de consenso, por derradeiro, com o fito de proporcionar a mitigação dos conflitos e das fendas sociais. Portanto, é a sociedade civil a esfera apta a conceder o aval para deslegitimar ou não a postura

dos governantes. Neste quesito, não se pode perder de vista que a educação exerce um papel fundamental na construção desta perspectiva, à luz das deliberações coletivas (Morbini; Melo, 2020), convicção ratificada na centrada percepção de Bolívar (2016, p. 70), para quem “el ejercicio de la ciudadanía exige un adecuado nivel de educación, necesario para vitalizar una democracia y participar en ella con autonomía y de modo informado”.

Com efeito, constata-se uma colisão direta e irreversível entre a participação do sujeito ativo, o produto desta assertividade – a cidadania – e o controle social, o qual tem o importante papel de inverter uma lógica que torna abissal a distância que coloca, aparentemente em polos opostos, o sujeito coletivo e o gestor público, como se ambos fossem entes autônomos, sem quaisquer interrelações operacionais. Não é, definitivamente, tendo em vista que há imbricações subjetivas, objetivas e políticas envolvidas, conforme atesta Habermas (2012) em sua Teoria do Agir Comunicativo, o qual afirma que os conceitos de verdade, liberdade e justiça estão inscritas em nosso discurso cotidiano, isto é, toda comunicação é mediada por atos de fala entre dois ou mais sujeitos. Para compor este sistema, admite-se que três mundos participam desses atos: o objetivo, o social e o subjetivo.

Por outro lado, como alerta Mendonça (2016a), discutindo sobre as idiosincrasias estabelecidas na aplicação dos princípios de justiça, inferindo que muitas normas não são necessariamente orientadoras das práticas humanas, há nitidamente o desvio da função precípua de justiça em benefício dos menos favorecidos. Para o autor, “não vivemos necessariamente numa época que valoriza, por exemplo, os direitos individuais, os direitos humanos simplesmente porque tais direitos estão enunciados em leis e são tidos como certo” (Mendonça, 2016a, p. 334), ou seja, a preconização de um direito, assentado em artefato legalmente reconhecido, não garante ao sujeito social a inalienabilidade de um direito. Assim, para garantir direitos expressos em Lei, o indivíduo precisa se mobilizar e se articular visando a evitar o solapamento das suas conquistas – presentes e futuras –, tenham sido estas auferidas com o uso dos instrumentos parlamentares ou por intermédio de movimentos sociais adequadamente encetados e debatidos.

No entanto, segundo Fraser (2009), a base da justiça se assenta na garantia de que há paridade de participação dos indivíduos, sugerindo o enfrentamento de posições que tornem os grupos minoritários subalternos ou alienados pelos grupos majoritários, tendo em vista que “[...] a paridade de participação é o critério normativo a reger a ideia de justiça” (Mendonça, 2016b, p. 296) ou, como prefere Fraser (2009, p. 13) “[...] uma justa ordenação das relações sociais no interior da sociedade”. Não se pode, portanto, naturalizar o silenciamento das pessoas, tendo em vista que nesta arena de disputas estão presentes os seus discursos, as suas narrativas e a realidade de muitos, exatamente porque está em jogo a fixação de território democrático de arguição, cuja participação democrática e deliberativa se faz necessária visando à garantia da proteção social e da utilização qualitativa dos serviços públicos essenciais.

Bobbio (2018) foi feliz ao assinalar que uma nação em que a sociedade civil está totalmente subordinada ao Estado constitui praticamente um regime totalitário, porquanto a opinião pública se reveste de apatia, desinteresse (Teixeira, 1997), desesperança e desconfiança com os temas

de interesse coletivo. Porém, não se trata de uma figura retórica também considerar que mesmo em nações nas quais a sociedade civil se sente estimulada a requisitar respostas rápidas para as demandas latentes, pode um estado de descompasso democrático se materializar quando a tomada de decisão dos atores estatais é desvirtuada para um campo deslegitimado pelo conjunto dos cidadãos. Faleiros (2010, p. 292) chama atenção para a questão de que:

A cidadania pode ser considerada, ao longo da história, e na teoria aqui exposta, como inclusão das pessoas na esfera pública do direito, ao mesmo tempo como sujeitos participantes da definição dessa esfera pública e como credores do Estado em proteção individual e coletiva. Essa inclusão significa que a sociedade civil se expressa politicamente, e a sociedade política reconhece direitos da sociedade civil.

Com efeito, deve-se reconhecer que, mesmo em nações democráticas, há desequilíbrio entre as forças de classes e os poderes do Estado, resultando na insignificação dos artefatos democráticos de enfrentamento às práticas adversas ao interesse do bem comum. Estas incompreensões e incertezas produzem um efeito perverso nas classes de menor poder aquisitivo.

A leitura de Moraes (2019, p. 14), analisando as consequências diretas que o sistema capitalista tem imposto à democracia, é particularmente relevante para se compreender a dinâmica desproporcional que há entre as duas forças. Para o autor (Moraes, 2019, p. 14) a “incerteza e insegurança que se manifestam de modo claro, agressivo e mesmo violento na Europa, nos Estados Unidos e, também, no Brasil, assombrando a sobrevivência não apenas dos Estados de bem-estar, mas a própria democracia e o próprio Estado democrático de direito”, produz significados importantes para o discernimento dos atores envolvidos, assinalando que os movimentos de baixo, os quais o autor denomina de “resistência popular”, é que impedirão o capitalismo de eclodir a sua faceta mais cruel, estrategicamente encapsulada nos domínios da Elite do Poder (Miguel, 2016).

De outra linhagem teórica, porém, diretamente conectado com o radar da contemporaneidade, Lipovetsky (2005b, p. 130) debate o emblemático cenário democrático, definindo que, em várias nações:

[...] despontam novas formas de divisões e de segregações, de ignorância e indiferença racial, mas não entram em discussão os princípios democráticos da igualdade dos direitos dos cidadãos e da igual dignidade entre os homens. A democracia hodierna formula novas exclusões, mas sem vínculos com qualquer sistema de legitimação.

Esta concepção que reúne e afasta os conflitos estruturais, originários da sociedade em direção ao Estado, acabam por formar um complexo que delineia um modelo de atuação cujas bases legitimadoras estão enfraquecidas pelo desejo de manutenção da ordem civil. Na concepção de Martins (2002, p. 53), “[...] a participação não pode ser vista como um mero requisito metodológico na estratégia de sensibilização ou conscientização popular. Ela é muito mais do que um atributo do diagnóstico ou um recurso da ação planejadora”, isto é, o senso crítico acerca da

relevância da participação no processo de tomada de decisão para emplacar determinado sistema de desenvolvimento (pessoas como protagonistas, não como objetos!) precisa ser ativado pelo cidadão, como requisito indispensável à consecução dos interesses difusos.

OS SIGNIFICADOS PERDIDOS NUM AMBIENTE DE DEMOCRACIA RELATIVA

Normalmente, os atores ideológicos – em sua concepção pejorativa, não obstante haver aceitação corrente sobre a polissemia do termo (Piketty, 2020) – detêm uma vasta rede de seguidores, não raro, fanáticos. Neste cenário, as dificuldades para se atestar algum sentido nos fundamentos que pautam a ordem democrática se manifestam, com perigosa velocidade. A mobilização dos grupos sociais esquecidos precisa ser intensa e consistente, para que os significados sobre os quais repousam os dispositivos que asseguram os direitos ao homem comum, não sejam abatidos em pleno voo. Num ambiente de democracia relativa, em que os movimentos civilizatórios são postos à margem dos sentidos igualitário e participativo, a questão avoca um posicionamento mais enérgico e combativo dos arranjos coletivos, como, por exemplo, aconteceu nas manifestações públicas de 2013, “[...] nas quais os brasileiros abandonaram a aparente indiferença para reivindicar os seus direitos” (Sabione; Ferreira; Reis, 2018, p. 82).

A temática que flexiona conceitualmente a presente análise parte da premissa de que, diante de uma realidade objetiva imposta pelo Estado, movida, não raro, pelas condições moduladas pelo mercado, ao sujeito social não se pode conceber a inércia, a opacidade, o despreparo (Silva, 2002), a resignação (Santos, 2013), a apatia de massa (Lipovetsky, 2005a), “[...] a falta de energia para pensar em alternativas” (Teixeira, 1997, p. 180) ou o conformismo (Silva, 2021), como mecanismos de autodefesa e avanço em busca das garantias dos seus direitos. Em alguma dose, o conhecimento adquirido impõe certas composições sociais que levam o indivíduo a recuar nas suas conjecturas. Para Berger e Luckmann (2011):

Há sempre mais realidade objetiva “disponível” do que a efetivamente interiorizada em qualquer consciência individual, simplesmente porque o conteúdo da socialização é determinado pela distribuição social do conhecimento. Nenhum indivíduo interioriza a totalidade daquilo que é objetivado como realidade em sua sociedade, mesmo que a sociedade e seu mundo sejam relativamente simples.

Em governos fracos, corruptos e autoritários, impera o despotismo (Santos, 2013), pautados na ação deslegitimadora, coercitiva, ideológica, xenófoba, racista, muitas vezes resultado da incapacidade de manter a ordem e a regulação necessária para nortear o equilíbrio das relações sociedade-Estado. Este estado de coisas esfacela os significados e os sentidos contidos no composto da sociedade civil (des)politizada e carente de respostas de componentes práticos e eficazes, no que se refere ao aparato estatal. Inexistem políticas públicas efetivas e permanentes quando não se é permitido postular interesses coletivos. Se a voz cala, emudece a inconfundível

sonoridade da reivindicação legítima, promovida mediante mobilizações sociais.

A conformação entre sociedade e Estado não é orientada pela regulação institucionalizada das vontades, mas pela postura argumentativa recorrente. São evidentes as perdas de direitos da sociedade brasileira atual, mas, como diz Alexy (2014, p. 150), debatendo sobre os direitos humanos, “evidências não podem substituir argumentos”, sugerindo que “a única fonte da validade é o fato do acordo” (Alexy, 2014, p. 150). Diante destas constatações e tomando as lições de Serra e Carneiro (2012, p. 46), entende-se por controle social o

Exercício de um direito, decorrente dos princípios republicanos e democráticos, por pessoa estranha ao Estado ou governo, individual ou coletiva, por meio de instrumentos próprios colocados a serviço da cidadania, para aferir, fiscalizar, examinar, coletar informações, acompanhar, consultar ou denunciar questões de interesse pessoal, público ou social inerente ao desempenho da administração pública.

Em denso estudo comparativo sobre os reflexos das mudanças de governo no período de 2003 a 2018, Castro (2019) externaliza a ruptura de um processo de inclusão social para um estágio de exclusão social, resultando na redução expressiva dos serviços sociais e bem-estar social da sociedade brasileira, especialmente para os grupos sociais em desvantagem, concluindo o autor que:

[...] o retorno da exclusão social é resultante da retomada do pleno controle do poder político pelas classes dominantes, que voltam a realizar plenamente seu ideário de espoliação do país, pouco se importando com o que isso significa em termos de bem-estar social para a população brasileira (Castro, 2019, p. 16).

O controle social, destarte, está subordinado ao acesso paritário do sujeito social às diversas possibilidades de fixar territórios, o qual é apoiado por instâncias participativas (Carneiro; Brasil, 2014) que dão contorno ao contexto deliberativo-democrático. Todavia, ao afirmar que o liberalismo econômico está desmoralizado (Pereira, 2021), é possível aferir que o sistema não proporcionou uma paridade de participação dos indivíduos (Fraser, 2009) que se espera em regimes democráticos, cujo foco precisa estar bem claro quanto à intenção de solucionar os problemas de uma sociedade consternada pela globalização e pela massificação financeira.

Contrariamente, a presente atmosfera sugere uma democracia relativa, pautada em atendimentos pontuais de demandas suprimidas e quase sempre em atenção a grupos alinhados com a instância decisória, sem a necessária adoção de políticas públicas permanentes e sistemáticas que busquem equacionar os mais graves problemas da sociedade. O fato é que não se deve, a pretexto do panorama atual vivenciado no Brasil, intencionar a anulação da política, considerando que, mesmo por vias acidentadas, como assenta Dagnino (2004), “[...] a disputa política é ingrediente intrinsecamente constitutivo da construção e do aprofundamento da democracia”. Afinal, a democracia é construída paulatinamente, mesmo que por vias oblíquas e, neste aspecto, os significados contidos nas alternativas de influência, de poder e de decisão sobre o que é essencial

em termos de políticas públicas, não podem ser perdidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob os auspícios do capitalismo, uma democracia que exclui mais do que insere o sujeito torna os significados subestimados, mesmo considerando supostos estratégias de mobilização e de resistência dos arranjos sociais, isto porque o liberalismo tem determinado históricas rupturas nas relações indelévels entre sociedade e Estado. Importa mencionar que, diante deste cenário, os direitos sociais se ancoram em patamares inferiores das conquistas coletivas, isto é, são direitos de menor valor real e cultural, fundados precisamente na valoração de um simbolismo efêmero, cujas esperanças se esvaem a curtíssimo prazo.

O agravamento sem precedentes da crise social da atualidade é consequência da orientação sistemática do domínio econômico, impondo às classes sociais clivagens que esvaziam as possibilidades de mobilização e de articulação, as quais visam ao fortalecimento da moldura participativa e da democracia deliberativa no contexto das relações sociais, necessárias em contextos de influência do poderio financeiro.

No que se reporta às políticas públicas em sua dimensão efetiva e repercutida, constata-se um profundo abismo entre as decisões promovidas pelos gestores públicos e as mais genuínas demandas oriundas dos arranjos sociais. Alguns grupos que ascenderam ao poder podem até ter obtido, em uma perspectiva democrática-cidadã, o passaporte por meio do instrumento eleitoral, porém, numa concepção democrática-excludente, percebe-se francamente um descompromisso com as classes mais vulneráveis da população.

O repertório de comandos e atitudes que emolduram a tomada de decisão de determinados gestores públicos, sinalizam que o discurso – rito de passagem para a ascensão ao poder com a utilização de uma estratégia indutiva, a qual fazem as pessoas incorporarem um sonho qualquer, somente passível de materialização caso o postulante logre êxito nas suas pretensões eleitorais – está dissociado da prática social atualmente conferida. Não há uma perspectiva segura de que as medidas gerenciais anunciem a possibilidade de mitigação dos descompassos sociais da realidade presente. Retoma-se, então, a questão norteadora, mediante a análise estabelecida no enredo textual, cujo agravo à democracia subsistiu comprovado: restariam perdidas a participação ativa do homem comum, os direitos sociais, o controle social e a própria cidadania, como representações que sustentam a social-democracia? Em que medida a democracia brasileira, como processo de mediação da cidadania, tem comprometido a ascensão social dos coletivos fragilizados? A ideia de democracia se apoia tão somente em pretextos eleitorais? Mantém-se a reflexão sobre estas indagações.

Assim, somente por meio da participação democrática contínua, do exercício de um controle social sistemático e permanente, da firme mobilização de corpos sociais coletivos e da promoção de um comportamento cidadão – aqui entendido como a essencial diligência que o indivíduo realiza

no sentido de fazer valer os seus direitos, sem se afastar da consciência de que também os deveres esculpem o construto – será possível reverter o atual estágio da realidade brasileira. Apenas desta forma, tais dispositivos, importantes na consolidação da democracia como um estado concreto em sua acepção filosófica, estarão salvaguardados dos destemperos de políticos de plantão, os quais, quase sempre, não têm respeito às minorias, não propugnam a equidade e não se dispõem a estimular a participação ativa dos indivíduos na condução das decisões que deveriam aspirar ao bem-estar coletivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004. DOI 10.1590/S0011-52582004000400003

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BOLÍVAR, Antonio. Educar democráticamente para una ciudadanía activa. **Revista Internacional de Educación para la Justicia Social**, Madrid, v. 5, n. 1, p. 69-87, 2016. DOI 10.15366/riejs2016.5.1

BOUFFARD, Thérèse; VEZEAU, Carole. A ilusão de incompetência do aluno do ensino fundamental é mais do que um problema de avaliação. *In*: GALAND, Benoît; BOURGEOIS, Étienne. **Motivar (se) para aprender**. Campinas: Autores Associados, 2011.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

CARNEIRO, Ricardo; BRASIL, Flávia Duque. Controle social e as novas instituições participativas: um panorama do caso brasileiro pós-1988. *In*: CONGRESO INTERNACIONAL EN GOBIERNO, 5., 2014, Madri. **Anais [...]**. Madri: GIGAPP/ INAP, 2014.

CARVALHO, Valter Rodrigues; CARVALHO, Cláudio Rêgo. Democracia, desenvolvimento e accountability no plano local: estudo sobre as prestações de contas dos municípios piauienses. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 101-122, 2021. DOI 10.5433/24157-108104-1.2021v16 n3p.101

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

- CASTRO, Jorge A. Bem-estar social brasileiro no século XXI: da inclusão ao retorno da exclusão social. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 40, p. 1-18, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/es0101-73302019222141>
- CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2007.
- COPATTI, Livia C. A efetivação da cidadania através da participação no poder local. **Perspectiva**, Erechim, v. 34, n. 126, p. 85-100, 2010.
- DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Revista Política & Sociedade**, Santa Catarina, v. 3, n. 5, p. 139-164, 2004. DOI: <https://doi.org/10.5007/9%25x>
- FALEIROS, Vicente P. Cidadania e política. In: LUIZ, Danuta E. C. **Sociedade civil e democracia**: expressões contemporâneas. São Paulo: Veras Editora, 2010.
- FARIA, Cláudia F. Democracia deliberativa e (des)igualdade. In: MIGUEL, Luis F. **Desigualdades e democracia**: o debate da teoria política. São Paulo: Editora Unesp, 2016.
- FRASER, Nancy. **Capitalismo em debate**: uma conversa na teoria crítica. São Paulo: Boitempo, 2020.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa. **Polis**, São Paulo, n. 10, p. 1-9, 2005.
- HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005a.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri: Manole, 2005b.
- MARTINS, Sérgio Ricardo de Oliveira. Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas. **Interações**, Campo Grande, v. 3, n. 5, p. 51-59, 2002.
- MENDONÇA, Daniel. Democracia e desigualdade: Pós-estruturalismo. In: MIGUEL, Luis F. **Desigualdades e democracia**: o debate da teoria política. São Paulo: Editora Unesp, 2016a.
- MENDONÇA, Ricardo F. Reconhecimento, desigualdades e capitalismo. In: MIGUEL, Luis F. **Desigualdades e democracia**: o debate da teoria política. São Paulo: Editora Unesp, 2016b.

MIGUEL, Luis F. **Democracia e representação**: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia**: o debate da teoria política. São Paulo: Editora UNESP, 2016.

MISOCZKY, Maria Ceci; ABDALA, Paulo R. Z.; DAMBORIARENA, Luíza. A trajetória ininterrupta da reforma do aparelho de estado no Brasil: continuidades nos marcos do neoliberalismo e do gerencialismo. **Revista Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 9, n. 3, p. 184-193, 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.21118/apgs.v1i3.1306>

MORAES, Reginaldo Carmello Corrêa. Como este mundo se tornou possível? Do capitalismo organizado à desordem presente. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 40, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/es0101-73302019221702>

MORBINI, Francieli. Korquievicz; MELO, Juliane Andréa Mendes Hey. A educação como elemento essencial à participação popular e construção da cidadania. **Humanidades & Inovação**, Palmas, v. 7, n. 19, p. 103-113, 2020. DOI: <https://orcid.org/0000-0001-6952-2067>

PEREIRA, Luiz C. B. Depois do capitalismo, o gerencialismo democrático. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 61, n. 3, p. 1-11, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-759020210304>

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A democracia não está morrendo: foi o neoliberalismo que fracassou. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 111, p. 51-79, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-051079/111>

PIKETTY, Thomas. *Capital e ideologia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO PNUD BRASIL. **Relatório anual 2019**. Brasília, DF: PNUD, 2019. Disponível em file:///D:/Jairo/Downloads/VFINAL%2520Relatorio%2520Anual%25202019. Acesso em: 19 abr. 2021.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens políticas e econômicas de nossa época. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e conselhos de assistência social**: caminhos da construção democrática. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

RETAMAR-FERNÁNDEZ, Roberto. **Pensamiento de nuestra América**: autorreflexiones y propuestas. Buenos Aires: CLACSO, 2006.

RIBAS, João André Nascimento; MEZA, Maria Lúcia Figueiredo Gomes. Os conselhos gestores de políticas públicas: espaços de consolidação da administração pública societal?. **Revista Administração Pública e Gestão Social**, Viçosa, v. 10, n. 1, p. 45-54, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.21118/apgs.v10i1.1492>

RUBIO, Pamela F.; DÍAZ, Tomás J. Convergencia Deliberativa: La participación ciudadana en el cambio constitucional, Chile 2016. **Polis**, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 78-103, 2021. DOI: <http://>

dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N58-1579

SABIONE, Marjorie; FERREIRA, Marco Aurélio Marco; REIS, Anderson Oliveira. Racionalidades na motivação para a participação cidadã no controle social: uma experiência local brasileira. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 81-100, 2018.

SANTOS, Boaventura S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. New York: Harper Perennial, 2008.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

SERRA, Rita. Cassio Chió.; CARNEIRO, Ricardo. Controle social e suas interfaces com os controles interno e externo no Brasil contemporâneo. **Espacios Públicos**, Belo Horizonte, v. 15, n. 34, p. 43- 64, 2012.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a sociedade. **Organização & Sociedade**, Salvador, v. 9, n. 24, p. 115-137, ago. 2002.

SILVA, Ilse Gomes. Democracia, autoritarismo e imperialismo: a centralidade da agenda conservadora na política brasileira. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 20, p. 237-244, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v20nEp237-244>

SILVA, Sabrina Aparecida. Autoritarismo e crise da democracia no Brasil: entre o passado e o presente. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 119-126, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75120>

SNYDER, Timothy. **Na contramão da liberdade: a guinada autoritária nas democracias contemporâneas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. As dimensões da participação cidadã. **Caderno CRH**, Salvador, v. 10, n. 27, p. 179-209, jan./dez. 1997.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Participação cidadã na sociedade civil global. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 46, p. 135-168, 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451999000100007>

TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

VARGAS–HERNÁNDEZ, José G. Critical analysis of the implications of new managerialism on ethical, democratic and professional values in public service. **Revista REUNA**, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 23-44, 2015.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. São Paulo: Boitempo, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita. Serviço social, questão social e políticas sociais em tempos de degradação do trabalho humano, sob o domínio do capital financeiro. **Serviço Social em Revista**, v. 21, n. 1, p. 183-194, 2018. DOI 10.5433/1679-4842.2018v21n1p183

Recebido em: 24/02/2022

Aceito em: 25/04/2023

**“FAKE NEWS”, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
DEMOCRACIA: PERSPECTIVAS E ESTRATÉGIAS
DE COMBATE À (DES)INFORMAÇÃO**

“FAKE NEWS”, FREEDOM OF EXPRESSION
INFORMATION AND DEMOCRACY: PERSPECTIVES
AND STRATEGIES TO COMBAT (MIS)
INFORMATION

Geziela Iensue*

*Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas UEPG. Professora Adjunta da Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. E-mail: igeziela@gmail.com

Como citar: IENSUE, Geziela. “FAKE NEWS”, liberdade de expressão e democracia: perspectivas e estratégias de combate à (des)informação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 115-136, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.115-136. ISSN: 1980-511X

Resumo: O fenômeno das notícias inverídicas, as “*fake news*”, todavia não seja recente, tem aumentado consideravelmente face à massificação das redes sociais. Nesse contexto, o presente artigo busca analisar os seus delineamentos, a sua atuação na rede midiática virtual, bem como as suas implicações aos direitos humanos fundamentais da liberdade de expressão e informação no âmbito das democracias contemporâneas. O objetivo é compreender como a disseminação diuturna das “*fake news*” contribuem à desinformação e à polarização na sociedade, assim como à desestabilização dos regimes democráticos. Além disso, pretende evidenciar quais são e quais podem ser os mecanismos e as estratégias utilizadas por instituições nacionais e internacionais com vistas a garantir a preservação dos direitos humanos fundamentais e a democracia por meio do combate à desinformação. Adota-se o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento de dados, por meio de uma análise qualitativa acerca do tema em tela. A análise conclui que as “*fake news*” conduzem a efeitos perniciosos e não favorecem a promoção de uma sociedade plural, inclusiva, pacifista e democrática, tendo em vista que violam os direitos humanos fundamentais à informação e o direito à liberdade de expressão.

Palavras-Chave: *fake News*; liberdade de expressão; direito à informação; democracia.

Abstract: The phenomenon of untrue news, “fake news”, however is not recent, has increased considerably due to the massification of social networks. In this context, this article seeks to analyze the outlines of this phenomenon, its role in the virtual media network, as well as its implications for the fundamental human rights of freedom of expression and information in the context of contemporary democracies. The objective is to understand day-to-day dissemination of “fake news” contributes to misinformation and polarization in society, as well as to the destabilization of democratic regimes. In addition, it intends to show what the mechanisms and strategies aimed at combating “fake news” are and what they can be, with a view to guaranteeing the preservation of fundamental human rights. It adopts the deductive method of approach and the technique of bibliographic research, through data collection, through a qualitative analysis of the topic at hand. The analysis concluded that both “fake news” lead to harmful effects and do not favor the promotion of an inclusive and pacifist society, considering that they exceed and, therefore, violate the fundamental human rights to information and the right to freedom of expression.

Keywords: fake news; freedom of expression; right to information; democracy.

INTRODUÇÃO

O fenômeno das “*fake news*” não é recente, contudo, devido a utilização diuturna das redes sociais, este se tornou um tema de extrema relevância visto que tem constituído uma preocupação mundial frente a possível fragilização das democracias contemporâneas. Nesta perspectiva, busca-se analisar de maneira geral os delineamentos das “*fake news*”, seu desenvolvimento no contexto das mídias sociais, em especial à sua vulneração aos direitos humanos de liberdade de expressão e informação (Sarlet, 2019).

Ademais, procura-se problematizar as seguintes perguntas no decorrer do artigo: *i*) como as “*fake news*” são criadas e propagadas no dia a dia das pessoas; *ii*) quais são suas consequências; *iii*) como os órgãos nacionais e internacionais estão lidando com as “*fake news*”; e principalmente, *iv*) como a propaganda como tática da mentira manipula a vida das pessoas na esfera das redes sociais hoje mediante algoritmos associados principalmente a sistemas de apoio a decisão, mineração de dados (*data maining*) e outras bases de coleta de dados que auxiliam na obtenção de padrões de comportamento dos usuários nas redes sociais aumentando a manipulação social dos mesmos e ampliando a desinformação. Além disso, visa-se apresentar quais são e quais podem ser, os mecanismos e estratégias voltadas ao combate as “*fake news*”, capazes de garantir a preservação dos direitos a liberdade de expressão e informação.

A hipótese é de que as “*fake news*” atuam em concomitância com algoritmos de mineração de dados (*data maining*), sistemas de apoio a decisão e coleta de dados comportamentais dos usuários, contribuindo dessa forma, à manipulação social e à polarização. A análise conclui que as “*fake news*” conduzem a efeitos perniciosos e não favorecem a promoção de uma sociedade plural, inclusiva, pacifista e democrática, tendo em vista que violam os direitos humanos fundamentais à informação e o direito à liberdade de expressão (Sarlet, 2019). Adota-se o método dedutivo de abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento de dados busca-se uma análise qualitativa acerca do tema investigado. O artigo é relevante pois retrata como as “*fake news*” foram projetadas como estratégia para a manipulação do poder, cujos algoritmos são construídos com vistas principalmente a influenciar a opinião pública. Nas esferas das redes sociais é possível direcionar e condicionar a partir de um recorte da realidade, os usuários para aquilo e para quem se identificam o que sabidamente tem contribuído na disseminação de informações falsas, culminando na fragilização dos direitos humanos e da democracia, tanto no cenário nacional como internacional.

Na primeira parte do artigo, aborda-se como a propaganda foi utilizada como tática do poder no decorrer da história da humanidade e como está se encontra extremamente interligada as “*fake news*”; quais os mecanismos usados pelas redes sociais para nos manter sempre viciados nos aplicativos e também para saber os padrões pessoais do usuário e quais serão seus próximos passos. Demonstram-se quais as técnicas de coleta de dados para a obtenção de dados em larga escala e como os usuários são manipulados e influenciados por estes; como essa manipulação pode ser utilizada para campanhas políticas, para a ampliação de notícias falsas, polarização e individualização dos

indivíduos. Evidencia-se ainda a existência de enorme dificuldade quanto ao alcance conceitual da expressão “*fake news*”, posto que não descreve completamente os diferentes tipos de desinformação e os termos conexos, tais como as “*misinformation*” e “*desinformation*”. Discutem-se os tipos e as características das “*fake news*”, assim como a construção de um sentido jurídico para estes termos para que seja possível a salvaguarda jurídica no tocante à matéria.

A seguir, analisa-se como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial, a partir da atuação da Comissão (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) protege e dá aplicabilidade aos direitos à informação e à liberdade de expressão. No mesmo sentido, apresentam-se os julgados nacionais paradigmáticos acerca da temática em tela, a saber, o famoso *leading case* “Ellwanger” e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815/DF. Pretende-se examinar as restrições posto que definem os delineamentos da proteção à liberdade de expressão e à informação, conjugando os seus limites com as hipóteses admitidas de sua restrição. Por fim, desenvolve-se uma reflexão sobre como o excesso do direito à liberdade de expressão e à informação podem se transmutar em “discursos de ódio”. Por sua vez, apresenta-se quais mecanismos e estratégias estão sendo utilizados no combate às “*fake news*” no Brasil e no mundo, com vistas a preservar os direitos humanos fundamentais à informação e à liberdade de expressão, aos direitos humanos e a democracia.

1 ASPECTOS GERAIS E CONTROVERSOS DAS “FAKE NEWS”: A (DES) INFORMAÇÃO COMO MECANISMO DE MANIPULAÇÃO SOCIAL

Com vistas a refletir acerca de como se propagam as “*fake news*” como uma prática social, vale dizer, como os indivíduos recebem as informações falsas, se faz necessário, *a priori*, analisar como ocorre a manipulação social nas redes sociais por meio da investigação da propaganda enquanto peça-chave para o controle das massas.

Em 1916, Woodrow Wilson, foi eleito presidente dos Estados Unidos da América com base em um programa com o slogan “paz sem vitória”, cujo intuito era convencer a população estadunidense a apoiar a entrada do país no conflito bélico mundial. Nesse contexto, foi criada a comissão de propaganda governamental, chamada de Comissão *Creel* (Chomsky, 2014).

Assim, teve origem a primeira agência estatal de propaganda nos Estados Unidos, cuja tarefa era fomentar por meio da propaganda uma espécie de exaltação e/ou histeria vinculada aos valores nacionais, o que há época revelou-se exitosa. A indústria de relações públicas foi a maior invenção estadunidense, cuja propaganda é o elemento fulcral (Chomsky, 2005). A propaganda é o meio utilizado para se criar uma determinada realidade por meio da sedução e, às vezes do engodo, funciona como estratégia para o exercício do poder.

Incontáveis são as passagens na história da humanidade nas quais a propaganda foi amplamente usada como mecanismo de manipulação social. Exemplificativamente, o cinema tanto em regimes democráticos quanto em regimes totalitaristas é frequentemente utilizado como tática

de propaganda política.

Ademais, os mais diversos meios de comunicação, tais como, revistas, jornais, e as mídias sociais, servem também por meio da propagando para comunicar mensagens com vistas a persuasão do público. Por meio da propaganda cria-se símbolos e slogans que influenciam diretamente no comportamento individual, não importando a quais países, gênero, idade ou estratos sociais estes pertençam. Nessa esteira, importa analisar como a propaganda quando usada como estratégia de disseminação de informações falsas manipula a vida das pessoas na esfera das redes sociais.

A redes sociais online existem desde a criação da internet, *Gmail, Email, Facebook, Instagram, LinkedIn, Twitter, Youtube*, e várias outras contam com milhões de usuários, sendo que “mais de dois terços da população online global visita ou participa de redes sociais e blogs” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 66). O termo “rede social online é geralmente utilizado para descrever um grupo de pessoas que interagem primariamente através de qualquer mídia de comunicação” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 66). Pode ser definida também uma rede social online como um serviço web que permite a alguém construir perfis públicos dentro de um sistema, articular uma lista de outros usuários com os quais compartilha conexões e ainda visualizar e percorrer suas listas de conexões, assim como outras listas criadas por outros usuários do sistema.

Visando compreender o padrão comportamental dos usuários, é comum, as redes sociais se valerem de algoritmos vinculados, simultaneamente, a um sistema de apoio à decisão, de mineração de dados (*data maining*), de aprendizagem de máquina, de sistemas distribuídos, de padrões de tráfego na internet, de sistemas multimídia, de interação humano-computador e de inteligência de negócios (Godoy; Neves; Colnago, 2022). A principal finalidade dessas redes sociais é que o usuário passe a maior quantidade de tempo possível navegando no aplicativo, com vistas a consumir o conteúdo que lhes são oferecidos, informações, produtos e serviços. Frequentemente são oferecidos gratuitamente ao usuário, todavia, a maioria das propagandas veiculadas nas redes sociais são financiadas por grandes empresas, o usuário, portanto, torna-se o produto.

Ademais, os usuários de redes sociais recebem uma quantidade exorbitante de informações estando suscetíveis e se tornando alvos fáceis de elaboradas campanhas políticas de *marketing* viral. Ressalta-se que a todo momento, as redes sociais online permitem o registro em larga escala de “aspectos da natureza humana relacionados à comunicação, à interação entre as pessoas e ao comportamento humano, em geral” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 65). Há uma considerável relação entre a identidade do indivíduo real e seu perfil na rede social (Boyd, 2007, p. 15).

Atualmente são utilizadas diversas e complexas técnicas de coleta de dados para a obtenção de dados em larga escala. As mais comuns, são as seguintes, os dados de usuários, os dados de pontos intermediários, os servidores *proxy*, os agregadores de redes sociais, os dados de servidores de redes sociais online, a coleta por amostragem, em larga escala e em tempo real.

Os dados de usuários obtidos por meio da análise do uso de redes sociais online através de entrevistas conduzidas com usuários desses sistemas. Há também duas técnicas comuns utilizadas

para coletar dados de pontos de agregação de tráfego em rede, a primeira, consiste em coletar dados que passam por um provedor de serviços internet (ISP) seguida do filtro das requisições que correspondem a acessos às redes sociais online, e a segunda que se refere à coleta direta dos dados de um agregador de redes sociais (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 75).

Coletar dados de um servidor *proxy* tem sido uma estratégia bastante vista em vários estudos sobre o tráfego da Internet, sendo utilizados para delimitar uma parte da rede, composta por computadores em uma mesma localização geográficas. “Eles ainda caracterizaram diversas métricas relacionadas a estas requisições tais como a duração, a idade e a categoria dos vídeos” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 75). Ademais, cabe esclarecer que os agregadores de redes sociais são sistemas que “permitem acesso a várias redes sociais simultaneamente, através de um portal único. Esses sistemas ajudam usuários que utilizam várias redes sociais online a gerenciar seus perfis de uma forma mais simples e unificada” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 75).

Os servidores de aplicações de redes sociais online “são os locais mais adequados para a coleta de dados, uma vez que eles têm uma visão completa de todas as ações e atividades realizadas por todos os usuários do sistema um dado período de tempo” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p.78). A coleta de grandes bases de dados de redes sociais online geralmente envolve a utilização de coletores distribuídos em diversas máquinas, sendo indispensável para tratar e salvar os dados coletados e também para “evitar que servidores de redes sociais interpretem a coleta de dados públicos como um ataque a seus servidores” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 81).

E, por fim, mencionam-se as redes sociais online que permitem aos usuários comuns expressar as suas opiniões sobre os mais diversos assuntos e o compartilhamento das informações que considerem interessantes em tempo real. Nota-se que a interatividade e a avaliação do fluxo de informações em tempo real passaram a ser um fator importante para várias aplicações *Web*, que monitoram fenômenos dinâmicos ocorridos na Web, tais como, o *Google* e o *Bing* “já indexam *tweets* públicos como forma de prover busca por informação em tempo real” (Benevenuto; Almeida; Silva, 2011, p. 83).

Por sua vez, os aplicativos de redes sociais através dos algoritmos se valem destes dados coletados e os incluem no sistema de apoio a decisão (SAD) e no *Business Intelligence* (inteligência de negócios). O objetivo do Sistema de Apoio a Decisão é fazer uma análise a partir dos dados coletados visando gerar algum tipo de conhecimento sobre padrões de consumo e propaganda com maior assertividade conforme características dos potenciais consumidores. Sendo o aprendizado de máquinas utilizado no processo de extração dos padrões. A estes acrescentam-se os sistemas de automação, operacional, gerencial e os estratégicos.

Por meio desse intrincado sistema de coleta de dados e de formação de padrões de comportamento, os algoritmos das redes sociais realizam estatísticas para saber quais serão os próximos passos em termos do que os usuários anseiam consumir. Dessa forma, estes passam a ser bombardeados em suas redes sociais com milhares de propagandas que veiculam diuturnamente os seus “objetos de desejo”, apenas aquilo que se têm interesse. Portanto, importa enfatizar que os algoritmos proporcionam apenas um vislumbre da realidade, a partir de um recorte e de

reduccionismos que remetem à desinformação.

Nesse contexto, o objetivo principal da propaganda é seduzir, influenciar e manipular, operando as redes sociais online como instrumentos para propagandas não solicitadas, *spam*, *phishing*, isto é, “uma técnica de engenharia social usada para enganar usuários e obter informações confidenciais como nome de usuário, senha e detalhes do cartão de crédito. Muito utilizada para cometer fraudes eletrônicas” (Ollmann, 2007, p. 5), e também empresas que tem como objetivo a obtenção de dados para a manipulação dos usuários com fins maliciosos e oportunistas. Por sua vez, inúmeros políticos, vale dizer, o ex-presidente dos EUA, Donald Trump, foi acusado de utilizar amplamente da estratégia de mineração e análise de dados, assim como de práticas de “desinformação e estratégias ilegais de *big data*”, em sua campanha para as eleições presidenciais em 2016 (Ituassu; Lifschitz; Capone; Mannheimer, 2019, p. 3).

No Brasil, algo semelhante ocorreu nas eleições do polêmico e atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, o qual, para as eleições de 2018, “centrou sua campanha nas mídias sociais, em especial, o *WhatsApp* e o *Facebook*. A campanha de Bolsonaro também é acusada de práticas de desinformação e automação” (Ituassu; Lifschitz; Capone; Mannheimer, 2019, p. 3). Isso demonstra que a propaganda como instrumento de campanha política ou até mesmo como tática de grandes empresas nas redes sociais, tem aptidão para manipular a opinião pública. Essa manipulação da opinião pública dentro das redes sociais é uma das estratégias que mais vem ganhando forças no momento. Portanto, a propaganda quando utilizada como estratégia de manipulação social, pode induzir à criação de realidades paralelas para obtenção das mais diversas finalidades ilícitas, tais como, recursos, *status*, poder bélico, e inúmeros outros atos nocivos como criação e veiculação de desinformação e de “mentiras”, perpetrados quer pelo Estado ou por particulares.

Nesse sentido, as “*fake news*” foram criadas com o mesmo intuito da má propaganda, com a finalidade de persuadir, ludibriar e manipular. Sobre o assunto, Chomsky (2014, p. 7) afirma que, “a propaganda política patrocinada pelo Estado, quando apoiada pelas classes instruídas e quando não existe espaço para contestá-la, pode ter consequências importantes”. Apesar de existir uma grande dificuldade de precisão no conceito de “*fake news*”, em linhas gerais, pode-se dizer que se trata da propagação de notícias falsas com a finalidade de enganar e persuadir o usuário (Godoy; Neves; Colnago, 2022). O *High Level Group* - HLEG (Grupo Independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação on-line) da União Europeia, a partir de uma abordagem multidimensional para a desinformação, a define como informações falsas, inexatas ou deturpadas, concebidas, apresentadas e promovidas para obter lucro ou para causar um prejuízo público intencional, “pode colocar em risco os processos e os valores democráticos e pode visar especificamente uma grande variedade de setores, tais como a saúde, a ciência, a educação e a finanças” (European Commission, 2018, p.10). Ademais, o relatório evita o emprego da expressão “*fake news*”, por entendê-la insuficiente para captar o problema complexo da desinformação, bem como inadequada vez que se tornou um instrumento usado por detentores do poder com vistas a interferir na circulação de desinformações. Assim, a expressão “notícias falsas” não dá conta

de todo complexo de informações que transcendem a mera propagação de notícias falsas, abarca ainda os diferentes tipos de informações falsas e termos correlatos, tais como, as “*misinformation*” e “*desinformation*” (Rais *apud* Baldissera; Fortes, 2021). O termo “*misinformation*” refere-se àquela informação falsa que é espalhada, independentemente da intenção de enganar. Neste caso a pessoa espalha a notícia, pois acredita nela, repassando-a acriticamente sem conferir se é uma notícia verdadeira ou não. Portanto, diz respeito à informação enganosa ou imprecisa compartilhada por pessoas que não a reconhecem como tal. Já a “*desinformation*” são àquelas informações deliberadamente enganosas ou tendenciosas, narrativas ou fatos manipulados com a intencionalidade de burlar a verdade (Rais *apud* Baldissera; Fortes, 2021).

Nessa toada, enfatiza-se o imprescindível delineamento jurídico para esses termos. Em face do caráter polissêmico da expressão, afirma Gross (2020, p.94) que “as fakes news” consistem em “uma mensagem propositadamente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem”. As *fake news* podem ser divididas em dois grupos conforme os sujeitos envolvidos, ou seja,

[...] **àqueles que dolosamente** (sabendo que o conteúdo é inverídico) espalham a notícia fraudulenta, sendo verdadeiros agentes da indústria de *fake news*. [...], existem aqueles que, acreditando na notícia, repassam sem nenhum filtro e/ou avaliação crítica. Essa última pode ser considerada uma conduta culposa, antiética e, para fins jurídicos, escusável, não incorrendo, o sujeito, em penalização, devido à ausência do dolo. [...]. Isso significa que a informação deverá conter o elemento falsidade e a conduta praticada pelo agente deverá ser capaz de gerar dano (efetivo ou potencial) e ser praticada mediante dolo. Este é o limite que impõe o conceito jurídico de *fake news*, como notícia fraudulenta a ser reprimida mediante intervenção estatal [...] (Rais; Fernandes Neto; Cidrão, 2019, p. 33).

Também podem ser classificadas de acordo com os tipos e as características dentro da perspectiva da “*misinformation*” e “*desinformation*”, tais como, a sátira e a paródia sem intenção de causar dano, todavia com alto potencial de enganar. Há também, a conexão falsa, quando as manchetes ou legendas não condizem com o conteúdo da notícia; o conteúdo enganoso, o uso enganoso de informação para incriminar alguém ou algo; o contexto falso, os conteúdos compartilhados fora do seu contexto original; o conteúdo impostor, ou seja, quando fontes verdadeiras são falsificadas; o conteúdo manipulado quando há manipulação de informações ou imagens com o intuito de enganar; e o conteúdo fabricado, ou seja, aquele 100% falso feito para enganar e causar danos (Morales, 2018, p. 56-57). Essas notícias são tomadas como verdades absolutas e compartilhadas com muita rapidez tendo elevado alcance nas redes sociais. Para que tais notícias sejam partilhadas em larga escala aquele que as criou precisa necessariamente mobilizar grande contingente de pessoas, sejam estas, aliadas, testemunhas, partilhadores, ou oponentes para contestar e desmentir. Estudos demonstram que a maioria das notícias partilhadas não são sequer lidas o que auxilia em sua propagação (Delmazo; Valente, 2018). Uma pesquisa realizada por Nielsen Norman Group, em 2013, evidenciou que “81% dos leitores voltam os olhos – o que não

significa necessariamente que estão, de fato, a ler – para o primeiro parágrafo de um texto na internet, enquanto 71% chegam ao segundo. São 63% os que olham para o terceiro parágrafo, e apenas 32% voltam os olhos para o quarto” (Delmazo; Valente, 2018, p. 158).

As redes sociais *online* são um campo propício para propagação de notícias falsas, justamente pela instantaneidade que as informações são propagadas e a rapidez com que são repassadas. Os padrões algoritmos utilizados para saber quais serão os próximos passos a serem dados pelo usuário e a ausência de regras facilita a propagação das *fake news*, pois quando uma pessoa recebe uma notícia falsa dentro de seu recorte de afinidades, é provável que a compartilhe com amigos próximos que sua vez compartilham, gerando um efeito em cascata. Assim, essas notícias acabam fazendo parte do dia a dia das pessoas, se tornando uma prática social e sendo externalizadas em forma de polarização, discurso de ódio, xenofobia, violência e exclusão de grupos sociais marginalizados. Quando vivemos em um recorte da realidade, temos pouco contato com diferentes formas de pensamento e opiniões e devido a facilidade de sermos influenciados e manipulados com a chuva de informações instantâneas muitas vezes falaciosas que chegam até nós, as tomamos como verdade. Dessa maneira, quando temos contato com aquele que pensa diferente, o debate não é mais saudável, e como as informações falsas são tomadas como verdade absolutas, o objetivo agora é o confronto, a polarização causada pelo medo e a desinformação. As “*fake news*” têm potencial lesivo para o próprio usuário que as propagam e também afetam àqueles que recebem a informação gerando prejuízos e até mesmo risco de mortes. Nesse sentido, citam-se como atuais exemplos, as campanhas antivacinas; informações falsas ligadas ao combate a pandemia e cura à COVID-19, bem como a manipulação de processos eleitorais.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO, “FAKE NEWS” E DEMOCRACIA: LIMITES E INTERCONEXÕES

A liberdade de expressão constitui um direito humano fundamental posto que permite ao ser humano desenvolver-se enquanto sujeito na medida em que lhe permite exteriorizar uma das suas habilidades ontológicas, ou seja, o pensar. Assim, em plenas condições de igualdade e vedada a discriminação de qualquer natureza, o direito à livre manifestação do pensamento concretiza um direito individual essencial a garantia das liberdades, em especial, a liberdade de pensar sobre a realidade e sobre o outro, a partir das suas percepções e as compartilhar livremente (Godoy; Neves; Colnago, 2022).

Dessa perspectiva, o direito à liberdade de expressão transcende o âmbito individual e alcança um caráter dialógico, constituindo, portanto, o direito à comunicação. Este se concretiza no âmbito de um espaço onde exista pluralismo e difusão de ideias resultantes das múltiplas relações intersubjetivas, bem como a salvaguarda da dimensão civil social, informada, ao assegurar o destino das ações estatais. Nesse sentido, o direito ao livre expressar-se enseja uma interconexão estrutural com a democracia, tendo em vista que viabiliza o debate e permite ao cidadão o acesso

às informações sobre os assuntos públicos.

Por conseguinte, o direito à liberdade de expressão é fundamental à consolidação, à manutenção e se realiza na democracia na medida em que seu alicerça na manifestação da opinião pública. O direito à liberdade de expressão se constitui um direito humano fundamental garantidor inclusive de outros direitos humanos, tais como, o direito à participação política, à liberdade religiosa, a igualdade, dentre outros.

Por tais razões, a liberdade de expressão resta reconhecida como um direito humano em conformidade ao disposto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (ONU, 1948). Referido Documento Internacional serve de base a outros Instrumentos Internacionais para a formulação de parâmetros voltados à sua concretização (Marchetti Filho; Pereira, 2021).

Nesse sentido, o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, afirma que:

[...] ninguém poderá ser molestado por suas opiniões e que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha (ONU, 1966).

A matéria recebe também um tratamento privilegiado junto à dinâmica dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos – Americano, Europeu e Africano – que têm como objetivos a garantia dos direitos humanos no âmbito doméstico dos Estados e a proibição de retrocessos à democracia. A Convenção Europeia de Direitos Humanos consoante disposição de seu artigo art. 8º estabelece a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9º). Referido Instrumento, em sua segunda parte, instituiu um sistema judicial de proteção a estes direitos mediante a ação de três órgãos de proteção dos direitos humanos, a saber, a Comissão Europeia de Direitos Humanos (criada em 1954), o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Corte Europeia de Direitos Humanos (ambos criados em 1959).

No âmbito do Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos, no que se refere ao assunto aqui analisado cabe mencionar a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão adotada pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no ano de 2002. O Documento internacional reafirma a relevância da liberdade de expressão como direito humano individual e como meio de assegurar o respeito aos direitos e liberdades humanos e reitera a proteção estabelecida no artigo 9º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, aos direitos à informação e a liberdade de expressão. Contemplados vale dizer de modo sucinto e sem limitações precisas, apenas enquadrados pelo âmbito das “leis e regulamentos”, tampouco são mencionados os elementos constitutivos os direitos conexos à informação e à comunicação social.

Por sua vez, mais especificamente, a liberdade de expressão é uma garantia amplamente

assegurada pela arquitetura normativa e institucional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Destaca-se como marco normativo a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como outros Instrumentos Internacionais como a Declaração de Princípios da Liberdade de Expressão e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos cujos objetivos são o fortalecimento dos regimes democráticos pluralistas e deliberativos e a garantia de espaços plurais de expressão.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos instituiu, em 1997, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. O órgão é encarregado de sistematizar a jurisprudência e o entendimento da Comissão acerca do direito à liberdade de expressão. Ademais possui como atribuições a publicação de informes anuais, a definição de princípios e a denúncia de casos de abuso e violações desse direito. Por meio da proposição dessa Relatoria, foi aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2000, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão (OEA, 2000), cuja finalidade dos treze princípios nela previstos é apresentar um norte à legislação dos Estados-membros acerca da liberdade de expressão e informação.

No que se refere ao tema em tela, a Convenção Americana estipula no seu artigo 13, que o direito à liberdade expressão refere-se ao direito de toda e qualquer pessoa pode expressar seus pensamentos, suas ideias e suas opiniões (OEA, [2019]). O disposto no parágrafo 5º do referido Instrumento Internacional impõe, todavia, uma limitação ao mencionado direito humano ao dispor que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (OEA, [2019]). Encontram-se, portanto, vedadas toda propaganda a favor da guerra e a toda apologia ao ódio que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ou à violência. No mesmo sentido da restrição imposta pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis (PIDCP) em seu art. 19, item 3 (*a e b*), segundo o qual o exercício desse direito, “implicará deveres e responsabilidades especiais”, podendo “estar sujeito a certas restrições” (ONU, 1966).

Embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos proíba a censura prévia, estabelece que todo excesso na execução do direito à liberdade de expressão estará sujeito a responsabilização, podendo esta ser de cunho civil, penal ou administrativo. A liberdade de expressão como um direito fundamental deve ser amplamente preservado, tendo em vista a sua relevância para a efetivação das democracias. Contudo, deve-se compreender as implicações do seu exercício abusivo, ou seja, os excessos que podem culminar em discursos de ódio, xenofobia, preconceito e intolerância. Assim, o Sistema Interamericano fixa parâmetros (ausência de censura e garantia do pluralismo de ideias) ao exercício do direito à liberdade de expressão pois esse implica avanços (fortalecimento) ou retrocessos nas democracias latino-americanas. O órgão destinado a assegurar os direitos humanos a partir da tutela jurisdicional é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual detém competência (a depender do reconhecimento estatal) para interpretar a Convenção Americana.

Por sua vez, é preciso destacar que embora a liberdade de expressão revela-se um direito essencial às sociedades democráticas, o seu exercício facilmente colide com o exercício de

inúmeras outras liberdades e direitos, pelo que se torna incontornável precisar os seus parâmetros e limites. Sob essa perspectiva necessário se faz elencar os *leading cases* cujo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi objeto de tematização (a violação à liberdade de expressão), com vistas a comentar sucintamente apenas os princípios e pressupostos jurisprudenciais deles emanados no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) cuja relevância e reiteração constituem parâmetros orientadores aos Estados-membros em relação a matéria.¹

São os seguintes casos considerados precedentes jurisprudenciais sobre o exercício da liberdade de expressão e do direito à informação no âmbito interamericano: Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile (caso A Última Tentação de Cristo); Caso Ivcher Bronstein vs. Peru; Caso Canese vs. Paraguai; Caso Kimel vs. Argentina; Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (caso “Guerrilha do Araguaia”) (OEA, 2001a, 2001b, 2004, 2008, 2010).

Em termos gerais, a análise das decisões dos casos mencionados revela alguns parâmetros jurisprudenciais que vem sendo consolidados nas decisões da Corte acerca da liberdade de expressão. Dentre os quais destacam-se: *i)* a liberdade de expressão abarca variados aspectos, podendo ser compreendida como um direito individual e coletivo; *ii)* a liberdade de expressão é essencial ao desenvolvimento e fortalecimento da sociedade democrática, livre e plural por meio da garantia de manifestação de cada um; *iii)* direito ao acesso à informação em poder do Estado e *iv)* em princípio, a liberdade de expressão não admite nenhuma forma de censura, em especial a censura prévia, todavia, existam hipóteses de restrições acolhidas pela CIDH.

O caráter dúplice do conteúdo da liberdade de expressão resta confirmado pela Corte (IDH) nas decisões dos casos Olmedo Bustos e Outros vs. Chile (em sua nota 64); Ricardo Canese vs. Paraguai (em sua nota 148) e, Kimel vs. Argentina (em sua nota 53). Assim, a Corte (IDH) referendou que o artigo 13 da CADH compreende não só a liberdade de expressão dos próprios pensamentos, mais também o direito coletivo de receber qualquer informação e de conhecer os pensamentos de outrem, assim como abarca o direito de acesso à informação sob o controle estatal. O direito à liberdade de expressão, comunicação, pensamento e informação não se refere apenas ao direito e a liberdade de expressar suas próprias ideias, mas também o direito de liberdade de buscar, receber e divulgar ideias e informações de toda índole.

Nas decisões dos casos Ricardo Canese vs. Paraguai (em sua nota 82) e Kimel vs. Argentina, (em sua nota 23), a Corte (IDH) ressaltou que o controle democrático social ocorre por meio da opinião pública e da participação e fiscalização das atividades e decisões estatais, garantidos quando há ampla liberdade para as informações circularem.

Sob essa ótica, reconheceu o direito de acesso às informações em poder do Estado, exigindo a máxima publicidade, divulgação e transparência no que tange às suas ações e as informações que detenha. Haja vista que o acesso à informação se configura um instrumento essencial de controle dos cidadãos da atividade administrativa, viabilizando o pleno exercício dos direitos políticos,

¹ Para maiores detalhamentos fáticos e históricos sobre os casos analisados sugere-se a consulta pontual disponível nas referências.

inclusive na exigência de respostas e de reparação as violações já cometidas, como evidenciado no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

Além disso, a Corte (IDH) em suas decisões pontou a relevância da liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza tomadas em consideração independentemente das fronteiras, incluídas também toda forma de expressão artística ou intelectual, como confirmando no caso *Bronstein vs. Peru* (em sua nota 145).

Por fim, cabe enfatizar que a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, havendo limites estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, frequentemente reiterados pela jurisprudência da Corte (IDH). O exame das restrições é relevante posto que definem os delineamentos de proteção da liberdade de expressão, conjugando os seus limites com as hipóteses de sua restrição.

Em conformidade com as disposições expressamente elencadas no artigo 13 da CADH, são admitidas as restrições nos casos que demandem responsabilização ulterior, nas circunstâncias envolvendo a regulação do acesso dos menores aos espetáculos públicos e na obrigação de impedir a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. De resto, todo impedimento é ilegítimo e afronta à democracia e aos direitos humanos como evidenciado pela Corte (IDH) nas decisões dos casos *Olmedo Bustos e Outros vs. Chile* (nota 72), *Ricardo Canese vs. Paraguai* (nota 72) e, ainda, *Kimel vs. Argentina* (nota 54).

No tocante aos limites e as hipóteses de restrições acolhidas pela jurisprudência federal brasileira, ao direito à liberdade de expressão, bem como à proibição de práticas criminosas que estimulem a intolerância e o discurso de ódio, importa mencionar o *leading case Siegfried Ellwanger*². O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento no sentido de que a limitação de um direito fundamental deve ser feita com base na garantia ao princípio da dignidade humana, da razoabilidade e da proporcionalidade (Sarlet, 2019).

Na mesma esteira, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF sobre o interessante tema das biografias não autorizadas cujo teor versava acerca do direito à liberdade de expressão e informação *versus* a inviolabilidade dos direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem. A Suprema Corte brasileira entendeu que também que caso ocorra um excesso no exercício do direito à informação e à liberdade de expressão ficando demonstrado o prejuízo de terceiros ou à coletividade (em especial o ferimento à dignidade), esses direitos não são absolutos ou ilimitados, tampouco há hierarquia entre tais direitos fundamentais, admitindo assim a sua restrição (Capeleto, 2021; Sarlet, 2019).

É fundamental compreender que não se deve confundir discurso de ódio com liberdade de pensamento, expressão e opinião, quanto mais como uma extensão desenfreada e desmedida da liberdade de informação e expressão, que por si sós, não autorizam e/ou justificam a incitação

2 Siegfried Ellwanger fora acusado com base no art. 20 da Lei 7.716/89 que trata dos crimes de preconceito de raça ou cor, de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião, ou procedência nacional contra os semitas. Ellwanger era escritor e sócio de uma editora. A partir da qual, escreveu, editou, distribuiu e vendeu obras consideradas antissemitas de sua autoria e de alguns outros escritores (Silva; Oliveira; Rabelo, 2011, p. 774).

ao ódio ou discriminações e preconceitos de qualquer natureza (Godoy; Neves; Colnago, 2022; Marchetti Filho; Pereira, 2021). É imprescindível ainda manter um Estado Democrático de Direito capaz de garantir níveis satisfatórios de respeito e tolerância. Liberdade de expressão e democracia são de caráter complementar e recíproco, estando ambas interligadas entre si.

A internet e as redes sociais ampliaram e diversificaram, em certa medida, o exercício do direito à informação e à liberdade de expressão. Com o aumento e facilitação da busca, difusão e acesso as informações ocorreu um incremento na democratização do acesso à informação e à liberdade de expressão. Não obstante, o exercício desmedido do direito à informação e à liberdade de expressão podem gerar riscos à democracia. Nesse contexto, o discurso do ódio (assim como o fenômeno – em parte correlato – das *fake news*, da desinformação) “acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia” (Sarlet, 2019, p. 1209).

É preciso reconhecer que, por um lado, a popularização da internet permite a democratização do acesso à informação à manifestação de pensamento e de opinião, por outro lado, também contribui à desestabilização dos sistemas democráticos a partir dos seus excessos e desvirtuamentos. Sob pena de se estabelecer uma “democracia de espectadores” cuja propaganda política se constitui – “revolução da arte da democracia” (Lippmann *apud* Chomsky, 2014, p. 12) – um dos principais instrumentos para a construção de consensos a respeito de assuntos cujo povo não está de acordo.

Segundo considera Chomsky, há um sistema educacional direcionado para estes “homens responsáveis”, essa “classe especializada”, enquanto o resto do rebanho desorientado só precisa ser distraído, permanecendo como espectadores da ação. “Temos de domesticar o rebanho desorientado, impedir que ele arrase, pisoteie e destrua as coisas” (Chomsky, 2014, p. 9). Para ele, os interesses comuns escapam completamente da opinião pública e só podem ser compreendidos e administrados por uma “classe especializada” de “homens responsáveis” que são suficientemente inteligentes para entender como as coisas funcionam. Essa teoria defende que somente uma pequena elite, a comunidade intelectual a que se referiam os deweynistas, é capaz de entender os interesses gerais, aquilo com que todos nos preocupamos, e que esses temas “escapam às pessoas comuns” (Chomsky, 2014, p. 8).

Nesse cenário de disseminação de “*fake news*”, propaganda política, mineração de dados por algoritmos, há um comprometimento dos direitos humanos fundamentais via manipulação social e, por consequência à democracia. Portanto, revela-se de suma importância o papel desempenhado pelas instituições nacionais e internacionais no tocante a parametrização do âmbito de proteção e do contorno das restrições ao exercício da liberdade expressão e o direito à informação, notadamente, a partir da revolução digital e da popularização das mídias sociais.

3 ESTRATÉGIAS E MECANISMOS PREVENTIVOS E SANCIONATÓRIOS ÀS “FAKE NEWS” NO ÂMBITO DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Mecanismos e estratégias estão sendo tomadas no combate às “fake news” por instituições e/ou autoridades nacionais e internacionais com vistas a salvaguardar e concomitantemente combater o excesso ao exercício dos direitos à informação e à liberdade de expressão. Nesse sentido, o Parlamento Europeu aprovou várias Resoluções com o intuito de possibilitar a análise pela Comissão Europeia de conteúdo veiculado por plataformas online admitindo inclusive a intervenção jurídica com vistas a limitar a disseminação e a divulgação de notícias e conteúdos falsos.

A democracia deve ser protegida de notícias falsas e desinformação, portanto, “é necessária uma nova lei que intensifique o controle da Internet e o combate as falsas notícias, especialmente durante o período eleitoral” (Tanushevski, 2018, p. 58). Cabe mencionar a proatividade do governo da Alemanha no que tange à aprovação de regulação de conteúdo abusivo nas redes sociais (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) em 01.09.2017 com vistas ao combate as “fake news” e desinformação, em especial para as próximas eleições naquele país (NetzDG, 3352-3355) (Mcgonagle, 2017). A legislação estabelece que produtores de notícias e informações que veiculam conteúdos falso ou ilegal têm a obrigação de publicar em suas plataformas informações reconhecendo tal caráter. Ademais, o disposto no artigo 4º prevê a imposição de multas que variam de quinhentos mil a cinco milhões de euros. As autoridades alemãs são unânimes na opinião de que o Estado de Direito deve respeitar as bases democráticas, princípios, acima de tudo, informações precisas sem insultar os cidadãos. O entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no que tange à difusão consciente de afirmações fáticas comprovadamente inverídicas é no sentido de que essa não se encontra amparada no direito à liberdade de expressão (Sarlet, 2019, p. 1209)

No mesmo sentido, em vários países está sendo aprovada ou em via de aprovação legislação que vise coibir a disseminação da desinformação no ambiente da mídia online e das redes sociais, citam-se como exemplos, a Malásia, Macedônia e nas Filipinas (Carvalho; Kanffer, 2018, p. 23-24; Tanushevski, 2018). No caso dos Estados Unidos a jurisprudência da Suprema Corte tem mantido firme o seu já antigo posicionamento quanto à interpretação da Primeira Emenda (1791) à Constituição Federal de 1787. Em regra, proíbe-se qualquer limitação da liberdade de expressão, assegurando-lhe uma forte posição preferencial na arquitetura constitucional e em face de outros direitos e bens constitucionais. Interpreta-se restritivamente qualquer conceito de discurso do ódio para efeitos de sanções e limitações (Sarlet, 2019). Vale ressaltar que esse caso, é distinto do caso alemão que permite maiores limitações à liberdade de expressão.

Cabe ainda mencionar a recente decisão (1 BvR 673/18) de 22 de junho de 2018, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA)¹⁴, que entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão nela consagrada e protegida (artigo 5º, 1) a criminalização e conseqüente punição pela negação do genocídio nacional-socialista, designadamente, no caso concreto objeto do julgamento (com a não admissão para decisão) de

reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que impugnava decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de *Auschwitz-Birkenau* (cf. Sarlet, 2019, p. 1214).

No Brasil a primeira iniciativa no combate à disseminação de informações falsas encontra-se na “Lei de Imprensa, Lei nº5250 de 09/02/1967, declarada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, nos termos da ADPF 130-7/DF da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto (Carvalho; Kanffer, 2018, p. 87). Medidas estão em discussão e algumas em andamento, tais como, a criação do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições (Portaria TSE n.º 949, de 07/12/2017). Todavia, é preciso enfatizar que a referida norma até hoje não abarcam as hipóteses em que grupos de pessoas são contratados para propagarem informações falsas (*fake news*), ou de acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF) as “notícias fraudulentas”, os denominados “ciborgues sociais”. Apesar disso, em 2017, foi apresentado pelo Senador Ciro Nogueira (PP/PI), projeto de lei para acrescentar no Código Penal o artigo 287-A (Baldissera; Fortes, 2021).

Com vistas a regulamentar o Marco Civil da Internet foi decretada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.853 de 2019. Não obstante, ainda inexistente legislação específica destinada a normatizar o conteúdo das publicações online nas mídias sociais. Não obstante, mesmo em face da ausência de legislação específica voltada ao combate do discurso de ódio nas redes sociais e na internet como um todo, é possível se valer de mecanismos e medidas para combatê-lo ou minorá-lo. À exemplo das medidas implementadas pelo Conselho da Europa por meio da aprovação do Código de Conduta, em 31.05.2016, em parceria com *Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft*, acompanhado de uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, emitida em 26.04.2018 (Baldissera; Fortes, 2021).

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já determinou que as plataformas digitais suspendam repasses financeiros a páginas que propagam desinformação visando asfixiar financeiramente os grupos de extrema direita que atuam no denominado “mercado das *fake news*”.³ A desinformação também corre desenfreada via *WhatsApp* e *Telegram*, em tese não mineráveis, pelo menos não oficialmente. Não há maiores dados e informações sobre o percentual de robôs versus engajamento real atuando nas redes sociais. A estratégia tradicional de combate à propagação de desinformação se dá também via combate ao caixa2 e ou financiamento. O problema é que essa, às vezes, se revela ineficaz.

Além dos mecanismos normativos, evidenciam-se também as iniciativas e ações das organizações não-governamentais e governamentais, universidades e de algumas instituições, tais como, a Polícia Federal que criou um grupo de trabalho para auxiliar órgãos governamentais no combate a disseminação de “*fake news*” (Buzalaf; Tacla; Sacoman, 2021). Nesse cenário destaca-se ainda o necessário incentivo por parte do Estado, da imprensa e da própria sociedade ao acesso à informação, à garantia da liberdade e ao acesso à educação digital, com vistas ao empoderamento

3 Destaca-se que tais canais são uma fração financeira minerativamente rastreável, ou seja, combatível e extingível de algo muito maior.

dos usuários para que estes, tenham condições para checar e escolher os conteúdos e superar os desafios da desinformação (Baldissera; Fortes, 2021; Capeleto, 2021).

Por conseguinte, a despeito das diferenças de tratamento no tocante ao âmbito de proteção aos direitos humanos à informação e à liberdade de expressão, entre os diversos países, em qualquer deles, há esforços e iniciativas sendo adotadas com vistas a conter o excesso e o abuso a tais direitos configurado pela adoção de discursos de ódio, incitação à violência, disseminação de notícias inverídicas, os quais, como visto contribuem sobremaneira à desestabilização dos regimes democráticos.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou evidenciar que a propaganda, notadamente a propaganda política em diversos momentos da história, quer veiculada pelos mais distintos meios de comunicação de massa quer recentemente pelas mídias sociais, pode ser amplamente utilizada como instrumento de manipulação social e alteração da percepção da realidade. De igual modo, as “*fake news*” e a “desinformação” de modo semelhante à propaganda, servem-se às finalidades de persuasão, manipulação e ludibriar com vistas a obtenção de vantagens as mais diversas, dinheiro, votos, *status*, dentre outras.

Buscou ainda sublinhar a difícil e talvez impossível tarefa de definir as “*fake news*” ao menos em face da dimensão que a expressão alcançou no imaginário estatal e popular. E que a desinformação não é tanto uma forma, mas sim um conteúdo. Esta vagueza e os seus múltiplos tipos implicam o paradoxo para seu enfrentamento em abstrato, dificultando a elaboração de mecanismos efetivos com vistas a combatê-las. Frisou-se o necessário incentivo por parte do Estado, da imprensa e da própria sociedade ao acesso à informação, à garantia da liberdade e ao acesso à educação digital, com vistas ao empoderamento dos usuários para que estes, tenham condições para checar e escolher os conteúdos e superar os desafios da desinformação.

Evidenciou que com a popularização da realidade digital quase todas as esferas da vida social foram alteradas e, assim a dimensão da mentira e o possível dano causado tanto às instituições quanto às pessoas públicas e em geral alcançaram outras proporções. Tendo em vista referida alteração, notadamente nos últimos vinte anos, enfatizou a imprescindível e necessária transformação do direito, enquanto resultado das estruturas sociais temporalmente localizadas, a partir desse contexto. Destacou que o direito à liberdade de expressão é essencial à consolidação, à manutenção (fortalecimento) e se realiza na democracia, na medida em que sua base se alicerça na manifestação da opinião pública. Procurou destacar que em um cenário de Estado Democrático de Direito os direitos humanos fundamentais à informação e à liberdade de expressão não são absolutos, ilimitados ou gozam de posição preferente em relação aos demais direitos, devendo ser salvaguardados em equilíbrio com os princípios da dignidade humana, da razoabilidade e da proporcionalidade com vistas a sua efetiva concretização e de outros direitos e bens constitucionais.

Frisou a partir da análise dos principais *leading cases* sobre a liberdade de expressão e o direito à informação tanto no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos humanos quanto na seara da jurisprudência federal brasileira, que a liberdade de expressão detém um caráter dúplice, individual e social, posto que abarca tanto uma dimensão individual (na liberdade de pensamento e de divulgação de suas opiniões), quanto uma dimensão coletiva na medida em que permite conhecer o pensamento e opiniões alheias, assim como ter acesso às informações. Portanto, a liberdade de expressão não deve ser compreendida apenas a partir da manifestação da subjetividade, mas também no seu sentido público. Enfatizou ainda que a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, havendo limites expressos estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, frequentemente reiterados pela jurisprudência da Corte (IDH). Sublinhou que o exame das restrições é relevante posto que definem os delineamentos de proteção da liberdade de expressão, conjugando os seus limites com as hipóteses de sua restrição. Por conseguinte, todo impedimento é ilegítimo e afronta à democracia, aos direitos humanos e ao Estado Democrático de Direito.

Observou que a popularização da internet e das redes sociais contribuíram de certo modo à democratização do pensamento, à ampliação da difusão de informações e ao fortalecimento das liberdades. Não obstante, também se revelou um ambiente no qual o excesso ao exercício à informação e à liberdade de expressão por meio das notícias falsas, à incitação ao ódio, a xenofobia, a discriminação e intolerância, podem culminar em histeria coletiva, polarização social, adesão e suscetibilidade ao conteúdo das “*fake news*” comprometendo inclusive, a estabilidade do regime democrático. Nesse cenário de disseminação de “*fake news*”, propaganda política, mineração de dados por algoritmos, há um comprometimento dos direitos humanos fundamentais via manipulação social e, por consequência à democracia. Sublinhou que a “desinformação” vem ocupando paulatinamente mais espaço no cenário político, notadamente durante a realização das campanhas eleitorais. Enfatizou que, nos últimos anos houve significativa preocupação por parte de inúmeros governos e organizações internacionais no combate às “*fake news*”, tendo em vista a crescente preocupação com os seus contornos cada vez mais sofisticados com o desenvolvimento da inteligência artificial, ensejando iniciativas, estratégias e intervenções tendentes a coibir a propagação da desinformação a nível local e mundial, com vistas a salvaguardar e concomitantemente combater o excesso ao exercício dos direitos humanos à informação e à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BALDISSERA, Wellington Antonio; FORTES, Vinícius Borges. Regulação, fake news e o conflito com o direito à liberdade de expressão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 60–82, 2021. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/35850>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BENEVENUTO, Fabrício; ALMEIDA, Jussara M.; SILVA, Altigran S. **Explorando redes**

sociais online: da coleta e análise de grandes bases de dados às aplicações. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2011. Disponível em: <https://homepages.dcc.ufmg.br/~fabricio/download/mini-curso-sbrc11.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

BOYD, Danah. Why youth (heart) social network sites: the role of networked publics in teenage social life. In: BUCKINGHAM, David. (ed.). **Youth, identity, and digital media**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2007. Series on Digital Media and Learning. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1518924. Acesso em: 29. abr. 2021.

BUZALAF, Mirelle Neme; TACLA, Silvia Regina; SACOMAN, Sofia Sanches. Ativismo judicial: uma análise do papel do Poder Judiciário no cenário brasileiro contemporâneo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 10–25, 2021. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/39889>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CAPELETO, Vinicius Oliveira. **O combate às fake news e os limites da liberdade de expressão no estado democrático de direito**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Taubaté, Taubaté, 2021.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)**. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

CHOMSKY, Noam. La Propaganda. **Chasqui Revista Latinoamericana de Comunicación**, Quito, n. 90, jun. 2005. Disponível em: <https://revistachasqui.org/index.php/chasqui/article/view/233/241>. Acesso em: 09 set. 2021

CHOMSKY, Noam. **Propaganda política e manipulação**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: wmfMartinsfontes, 2014. Disponível em: <http://afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Chomsky,%20Noam/Midia%20propaganda%20politica%20e%20manipulacao%20-%20CHOMSKY,%20Noam.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C. L. Fake News nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Média & Jornalismo*, Lisboa, v. 18, n. 32, 2018. DOI: https://doi.org/10.14195/2183-5462_32_11

EUROPEAN COMMISSION. **A multi-dimensional approach to disinformation**. European Union: European Commission, 2018. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>. Acesso em: 9 set. 2021

GODOY, Sandro Marcos; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki.; COLNAGO, Beatriz Fiorentino. A Internet e a Disseminação de Falácias: Uma perspectiva jurídica das fake news. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 17, n. 3, p. 10–27, 2022. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/38658>. Acesso em: 16 abr. 2023.

GROSS, Clarissa Piterman. Fake new e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (coord.). **Fake News: a conexão entre desinformação e o direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ITUASSU, Arthur; LIFSCHITZ, Sergio; CAPONE, Leticia; MANNHEIMER, Vivian. De Donald Trump a Jair Bolsonaro: democracia e comunicação política digital nas eleições de 2016, nos Estados Unidos, e 2018, no Brasil. In: CONGRESSO COMPOLITICA, 8., 2019. Brasília.

Anais [...]. Brasília: UnB, 2019. Disponível em: http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT4/gt4_Ituassu_et_al.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; PEREIRA, Gabriela Schvarcz. Liberdade de expressão e sua relativização em face do discurso de ódio. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 123-147, 2021.

MCGONAGLE, Tarlach. "Fake News": false fears or real concerns? **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Amsterdam, v. 35, n. 4, p. 203-209, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1177/0924051917738685>

MORALES, Ulrich Richter. **El ciudadano digital fake news y posverdad en la era de internet**. Ciudad de México: Editorial Océano de México, 2018. Disponível em: <https://lasillarotarm.blob.core.windows.net/docs/2018/11/08/elciudadanodigitalulrichrichtermoraleslibrooceanoadelantoseditorialesopinion.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Artigo 13: liberdade de pensamento e de expressão**. Washington: CIDH, [2019]. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expresao/showarticle.asp?artID=62&IID=4>. Acesso em: 9 set. 2021.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**. Washington: CIDH, 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Liberdade.de.Expressao.htm>. Acesso em 09 set. 2021.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Washington: CIDH, 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/básicos/portuguese/c.cobencaoamericana.htm>. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente**. Washington: CIDH, 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Washington: CIDH, 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051>. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru**. Washington: IDH, 6 fev. 2001a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Series_74_esp.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile**. Washington: IDH, 5 fev. 2001b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**. Washington: IDH, 31 ago. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_111_esp.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Washington: IDH, 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 09 set. 2021

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Kimel vs. Argentina**. Washington: IDH, 2 maio 2008. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Series_177_esp.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

OEA - ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales. Washington: CIDH, Oct. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf. Acesso em: 9 set. 2021

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos direitos civis e políticos**. Washington: ONU, 1966.

OLLMANN, Gunter. **The phishing guide: understanding & preventing phishing attacks**. New York: IBM Global Technology Services, 2007. Disponível em: <http://www-935.ibm.com/services/us/iss/pdf/phishing-guidewp.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Washington: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2914/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021

RAIS, Diogo; FERNANDES NETO, Raimundo Augusto; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Psicologia política e as fake news nas eleições presidenciais de 2018. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ano 24, n. 46, p. 19-51, jan./jun. 2019. Disponível em: https://ava.tre-rs.jus.br/ejers/plugin-file.php/2920/mod_resource/content/1/Revista_TRE_46/index.html?page=15. Acesso em: 9 set. 2021

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. **Fake news, deepfakes e eleições**. In: RAIS, Diogo (coord.). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 25-52.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428>. Acesso em: 9 set. 2021.

SILVA, Adriana Barbosa E.; OLIVEIRA, Felipe Guimarães; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na Constituição Federal: Uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 9, n. 2, p. 771 – 790, 2011. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021. Acesso em: 9 set. 2021.

TANUSHEVSKI, Marjan. Towards a better future: the rule of law, democracy and polycentric development. In: ILIK, Goran, STANOJOSKA, Angelina (ed.). **INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE**, 2018, Bitola. **Proceedings** [...]. Bitola: St. Kliment Ohridski University, 2018. Disponível em: <https://www.worldcat.org/title/towards-a-better-future-the-rule-of-law-democracy-and-polycentric-development-bitola-11-12-may-2018-conference-proceedings/oclc/1128919686>. Acesso em: 9 set. 2021.

Recebido em: 05/01/2022

Aceito em: 11/04/2023

O TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO NA OMC E A PROMOÇÃO DE IGUALDADE CONCORRENCIAL NO COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL

SPECIAL AND DIFFERENT TREATMENT IN THE
WTO AND THE PROMOTION OF COMPETITIVE
EQUALITY IN INTERNATIONAL AGRICULTURAL
TRADE

Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi*
Tania Lobo Muniz**

*Doutoranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR/PR. Bolsista CAPES. E-mail: joiceduarte03@gmail.com

**Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Docente titular do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1414-362X> E-mail: lobomuniz@uel.br

Como citar: BERGAMASCHI, Joice Duarte Gonçalves; MUNIZ, Tania Lobo. O tratamento especial e diferenciado na omc e a promoção de igualdade concorrencial no comércio agrícola internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 137-161, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.137-161. ISSN: 1980-511X

Resumo: Por reconhecer a disparidade das posições econômicas existentes entre os seus Estados Membros, a Organização Mundial do Comércio (OMC) consagra o “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados Membros em desenvolvimento, que, expressamente previsto, lhes flexibiliza obrigações, para proporcionar-lhes igualdade concorrencial material, em face do poderio econômico dos Estados Membros desenvolvidos. Neste diapasão, o estudo se utiliza do método hipotético-dedutivo para analisar as contribuições do “Tratamento Especial e Diferenciado”, no contexto dos acordos que tratam sobre os subsídios agrícolas na OMC, com exame das disputas “Contencioso do Algodão” e “CE – Bananas”. Espera-se concluir, em composição da relevância da pesquisa, que o “Tratamento Especial e Diferenciado”, não é capaz, por si apenas, de garantir a justa participação dos Estados em desenvolvimento no comércio agrícola internacional, seja em razão da capacidade de ofertar subsídios ao setor agrícola ou do poder de atuação diante do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC e implantação de suas decisões.

Palavras-chave: tratamento especial e diferenciado; subsídios agrícolas; igualdade concorrencial; OMC; OSC.

Abstract: Recognizing the disparity in the existing economic

positions among its Member States, the World Trade Organization (WTO) enshrines “Special and Differential Treatment” for developing Member States, which, expressly foreseen, makes their obligations more flexible, to provide them with equality material competitive advantage, given the economic strength of the developed Member States. In this vein, the study uses the hypothetical-deductive method to analyze the contributions of the “Special and Differential Treatment”, in the context of the agreements that deal with agricultural subsidies in the WTO, with an examination of the disputes “Cotton Litigation” and “EC - Bananas”. It is expected to conclude, in composition of the relevance of the research, that the “Special and Differential Treatment”, is not able, by itself, to guarantee the fair participation of the developing States in the international agricultural trade, either because of the capacity to offer subsidies to the agricultural sector or the power to act before the Dispute Settlement Body (DSC) of the WTO and the implementation of its decisions.

Keywords: special and differential treatment; agricultural subsidies; competitive equality; WTO; DSC.

INTRODUÇÃO

A tutela das relações comerciais globais é realizada pelo sistema multilateral concebido na Organização Mundial do Comércio (OMC), que conta com um refinado sistema de regras, que, aplicado igualmente, tem a finalidade de garantir o livre comércio e a justa participação dos Estados Membros no mercado internacional.

Em razão das díspares posições econômicas ocupadas pelos Estados Membros da OMC, a igualdade de tratamento sofre flexibilização por meio do “Tratamento Especial e Diferenciado”, que conta com normativas que fazem concessões especiais aos Estados Membros em desenvolvimento, para permitir-lhes participar do comércio internacional com igualdade concorrencial material, no confronto com o poderio econômico dos Estados Membros desenvolvidos.

Neste diapasão, o estudo se utiliza de metodologia baseada em revisão bibliográfica, bem como da análise de documentos internacionais relevantes e análise de casos, no objetivo de discutir as contribuições do “Tratamento Especial e Diferenciado” para a promoção de igualdade concorrencial no comércio agrícola internacional, à luz dos postulados constantes no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e no Acordo Sobre Agricultura (ASA).

A pesquisa construída leva em consideração a realidade dos Estados no comércio agrícola internacional, e, em sua relevância, ressalta que, ainda que autorizados pelo “Tratamento Especial e Diferenciado”, os Estados Membros em desenvolvimento não dispõem de capacidade econômica para subsidiar o seu setor agrícola nos mesmos patamares que os Estados Membros desenvolvidos, da mesma forma que, mesmo entre si, os Estados Membros em desenvolvimento possuem diferentes níveis de poder econômico para atuar no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC e para implantar as suas decisões.

Assim, a importância do estudo se dá na medida em que destaca que o “Tratamento Especial e Diferenciado”, não pode garantir, por si, a efetivação da igualdade concorrencial material objetivada formalmente pelas normativas que o consagram nos acordos da OMC, especialmente nos casos que envolvem os Estados Membros em desenvolvimento e a concessão de subsídios à agricultura.

1 O TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

A proposta de fundação da Organização Mundial do Comércio remonta nos estudos desenvolvidos pelo economista John Maynard Keynes¹ (1883-1946) que, difundidos logo depois da Segunda Guerra Mundial, previam a criação de 3 (três) instituições mundiais para a promoção do desenvolvimento global.

¹ Os pensamentos de John Maynard Keynes a este respeito estão na obra “[Teoria geral do emprego, do juro e da moeda](#)”, de 1936.

Assim, com a finalidade de estabelecer políticas de incremento ao comércio multilateral, os países aliados se reuniram na chamada Conferência de Bretton Woods, realizada na cidade de Bretton Woods, nos Estados Unidos da América (EUA), no ano de 1944, e acordaram sobre a criação de 3 (três) instituições mundiais, quais sejam, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Internacional do Comércio (OIC) e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) (Varella, 2003, p. 134).

Enquanto o FMI e o BIRD entraram em pleno funcionamento até 1945, a OIC efetivamente nunca entrou em vigor, acordando-se, contudo, a assinatura do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT), em 1947. Este acordo, de caráter provisório, regulamentou o sistema multilateral de comércio até 1994, quando houve a criação da Organização Mundial do Comércio, por meio do Acordo de Marraqueche, firmado na cidade de Marraqueche, no Marrocos.

Sediada na cidade de Genebra, na Suíça, a Organização Mundial do Comércio entrou em funcionamento em 1º de janeiro de 1995 e possui a rígida regra de que, para fazer parte do seu quadro de Membros, o Estado deve se comprometer a ratificar todos os acordos multilaterais firmados em seu âmbito de negociação, não havendo permissão de escolha em relação a quais tratados aderir (ONU, 1994).

A Organização Mundial do Comércio é o foro central de negociações sobre as relações comerciais multilaterais entre os seus Membros, detendo a função de facilitar a aplicação, administração e funcionamento dos seus acordos, além de, por meio de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), constituir instância de resolução dos conflitos que, porventura, surgirem, proferindo a justa interpretação das normativas que forem objeto de desentendimento (Brasil, 1994d).

Para Celso Lafer (1998, p. 145), a OMC e suas normas são essenciais porque o mercado não opera no “vazio”, ou seja, é uma ordem que requer regulamentação. Daí a necessidade de criação de um sistema multilateral do comércio internacional que, num patamar superior e com atenção a princípios basilares, tenha competência e legitimidade para limitar a discricionariedade das soberanias nacionais e promover o bem-estar geral de todos os seus Membros.

Neste contexto, os Estados Membros da OMC devem limitar ao máximo a sua atuação, de maneira a não interferir no fluxo de comércio, para que os agentes econômicos possam ser eficientes. E, enquanto as barreiras tarifárias, para proteção dos interesses dos produtores nacionais, por exemplo, são uma opção válida e legítima, desde que observem as condições previstas pela própria OMC, as restrições não-tarifárias, a seu turno, são amplamente contestadas, porque a grande maioria está disfarçada, para não revestir abertamente a natureza protecionista e discriminatória que lhe é ínsita (Pereira, 2008, p. 430-431).

Para contornar esta tendência exacerbada dos países, de proteção dos seus respectivos mercados domésticos em face dos avanços do mercado internacional, a Organização Mundial do Comércio conta com princípios basilares, que têm por finalidade garantir a justa e igualitária participação dos Estados Membros no comércio mundial.

Neste diapasão, o princípio da “Não Discriminação” visa a eliminação da imposição de

barreiras quantitativas (não-tarifárias), de modo que nenhuma proibição ou restrição, como quotas, licenças de importação e de exportação, sejam estabelecidas ou mantidas, a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação do produto similar originário de todos os outros Estados Membros ou à exportação do produto similar destinado a todos os outros Estados Membros (ONU, 1994).

O princípio da “Não Discriminação” é tido como um princípio “guarda-chuva”, que abarca a “Cláusula da Nação Mais Favorecida” e o “Tratamento Nacional”, que, de modo geral, vedam o tratamento discriminatório em relação aos produtos de Estados Membros da OMC (Saldanha, 2009, p. 121-122).

A “Cláusula da Nação Mais Favorecida” determina que toda vantagem, favor, privilégio ou imunidade de direitos aduaneiros, que porventura forem concedidos a uma das partes, imediatamente e incondicionalmente devem ser estendidos aos produtos similares comercializados com qualquer outra parte contratante (ONU, 1994). Sua finalidade é evitar a discriminação no comércio internacional e garantir igualdade de oportunidades a seus Membros, favorecendo as trocas comerciais em nível global e, conseqüentemente, o multilateralismo econômico (Gomes, 2007, p. 144).

O “Tratamento Nacional”, por sua vez, proíbe a discriminação entre produtos nacionais e importados, de modo que taxas, impostos e regulamentações internas não podem ser aplicados em detrimento de produtos importados (ONU, 1994). Seu objetivo é assegurar igualdade às mercadorias produzidas e aos serviços prestados por um país e que tenham como destinatários outros Estados Membros (Gomes, 2007, p. 147).

As regras basilares sobre as quais está assentado o sistema multilateral de comércio da OMC objetivam tratar os Estados Membros com igualdade, mas podem ser excepcionadas, quando da configuração de particularidades, também previstas no Acordo do GATT/1994 (ONU, 1994). Uma dessas exceções é o “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados em desenvolvimento.

Com efeito, o “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados em desenvolvimento determina que as concessões comerciais outorgadas para estes Estados não devam necessariamente significar a abertura dos seus mercados, já que a reciprocidade não é esperada em se tratando de negociações com países que ainda se encontram em desenvolvimento (Barral, 2007, p. 72).

A exceção ainda evolve a cláusula de habilitação, por meio da qual os países desenvolvidos podem fazer concessões tarifárias aos países em desenvolvimento sem que estas concessões tenham que ser estendidas automaticamente aos demais países desenvolvidos (Barral, 2007, p. 72).

Eduardo Saldanha (2009, p. 107) discorre que o “Tratamento Especial e Diferenciado” possibilita que o comércio internacional seja instrumento do desenvolvimento, a partir do artigo IV do GATT/1994 (ONU, 1994), intitulado “Comércio e Desenvolvimento”, que aborda a problemática dos países em desenvolvimento e cria instrumentos jurídicos que enfrentam a não discriminação e a reciprocidade sob uma nova ótica, a fim de considerar o acesso dos países em desenvolvimento ao mercado dos países desenvolvidos.

O Autor ainda acrescenta que:

Em suma, a natureza jurídica do Tratamento Especial e Diferenciado está baseada na busca por objetivos de desenvolvimento sustentável e em um sistema que tem como um de seus instrumentos para um comércio justo a não discriminação, princípio este que é flexibilizado frente à constatação de uma diferenciação nos níveis de desenvolvimento das partes envolvidas, o que leva a um tratamento especial e diferenciado (Saldanha, 2009, p. 125-126).

Com efeito, em razão dos diferentes graus de desenvolvimento existentes entre os Estados Membros, a OMC conta com normativas especiais, que estabelecem exceções à aplicação uniforme de suas normas a todos os participantes do sistema multilateral de comércio.

A possibilidade de excepcionar os compromissos assumidos, em primazia do “Tratamento Especial e Diferenciado”, pode ser encontrada no Artigo XVIII do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (ONU, 1994), que, por meio de suas disposições, materializa um mecanismo especial de “Ajuda do Estado em favor do desenvolvimento econômico”, a fim de permitir a progressão dos Estados Membros cujas economias ainda se encontrem nos primeiros estágios de desenvolvimento.

Por conta disso, a Seção A, do Artigo XVIII, autoriza a retirada ou modificação de concessões tarifárias exigidas, a fim de permitir a criação de determinado ramo da produção, que tenha em vista a elevação geral do nível de vida da população do Estado Membro em desenvolvimento (ONU, 1994).

A Seção B, do Artigo XVIII, autoriza, ainda, a flexibilização dos compromissos assumidos, como a limitação do volume e do valor das mercadorias importadas, quando o objetivo seja salvaguardar a situação financeira no exterior e assegurar o nível de reservas suficiente para a execução do programa de desenvolvimento econômico do Estado Membro em desenvolvimento (ONU, 1994).

Já a Seção C, do Artigo XVIII, dispõe sobre a regularidade, inclusive, de concessão de auxílio, pelos Estados em desenvolvimento, quando necessário para facilitar a criação de determinado ramo de produção essencial à elevação do nível de vida geral da população, sem que seja possível, na prática, adotar medidas compatíveis com outras exigências previstas nos acordos da OMC (ONU, 1994).

Os artigos XXXVI, XXXVII e XXXVIII, constantes na Parte IV do GATT/1994 (ONU, 1994), que trata sobre “Comércio e Desenvolvimento”, também contam com importantes disposições que ajudam a formalizar o “Tratamento Especial e Diferenciado”, porque apresentam normativas que têm o objetivo de aumentar as oportunidades comerciais dos Estados Membros em desenvolvimento.

O Artigo XXXVI coloca o incremento do volume de exportações como necessário ao desenvolvimento econômico dos Estados pouco desenvolvidos, apontando para tanto, a necessidade de juntar esforços para oferecer condições de acesso mais favoráveis de produtos primários, oriundos dos Estados em desenvolvimento, com a adoção de medidas destinadas a atingir preços estáveis, equitativos e remuneradores, de modo a permitir que a expansão do comércio mundial

seja acompanhada do aumento dos ingressos reais de exportação desses países, proporcionando-lhes recursos crescentes para o seu desenvolvimento econômico (ONU, 1994).

O Artigo XXXVII, por sua vez, determina que os Estados Membros desenvolvidos concedam alta prioridade à redução e à eliminação das barreiras ao comércio de produtos cuja exportação configure interesse especial dos Estados Membros em desenvolvimento, inclusive por meio da abstenção da conduta de criar ou agravar os direitos aduaneiros ou barreiras não-tarifárias à importação de tais produtos (ONU, 1994).

Já o Artigo XXXVIII estabelece a necessidade de atuação coletiva para a consecução dos objetivos de desenvolvimento preconizados nos acordos da Organização Mundial do Comércio, mesmo por intermédio da celebração de acordos internacionais que possam assegurar melhores condições de acesso aos mercados internacionais dos produtos oriundos dos Estados Membros em desenvolvimento, com a criação de medidas que propiciem a obtenção de preços estáveis, equitativos e remuneradores para as exportações que lhes constitua interesse fundamental.

A partir do aparato normativo que legitima o “Tratamento Especial e Diferenciado” no Acordo do GATT/1994 (ONU, 1994), outros acordos da OMC trazem no seu bojo disposições especiais, que concedem tratamento excepcional aos Estados Membros em desenvolvimento, em razão de sua fragilidade econômica.

Neste sentido, destaca-se, por exemplo, a previsão do artigo 15 do Acordo *Antidumping* (AD), que traz disposições especiais para o caso de incidência de direitos *antidumping* contra Estados em desenvolvimento, especificando a necessidade de exploração de soluções construtivas “[...] antes da aplicação de direitos *antidumping*, sempre que estes afetem interesses essenciais dos países em desenvolvimento Membros” (Brasil, 1994a).

O Acordo Sobre Agricultura (ASA) também contempla o “Tratamento Especial e Diferenciado”, concedendo, no artigo 15, tratamento e condições mais favoráveis aos Estados em desenvolvimento, dilatando prazos para a consecução das metas de redução de subvenções agrícolas, e, mesmo, excluindo dos compromissos os Estados de menor desenvolvimento relativo (Brasil, 1994b).

O “Tratamento Especial e Diferenciado” vem, então, formalizar a necessidade de igualdade material entre os membros da OMC, a fim de tratar igualmente os Estados Membros que tenham iguais condições de desenvolvimento, e de tratar de modo desigual os Estados Membros que se encontrem em patamares diferentes de desenvolvimento, para equilibrar a “balança da desigualdade econômica” e oferecer-lhes iguais oportunidades de participação no comércio internacional.

2 A REGULAÇÃO DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

Dentre as inúmeras temáticas comerciais internacionais abordadas pelos acordos da Organização Mundial do Comércio, a regulamentação e tutela dos subsídios agrícolas é questão de

extrema importância para os interesses dos Estados Membros em desenvolvimento.

Os subsídios estão no rol de medidas de proteção do mercado interno permitidas pelos acordos da Organização Mundial do Comércio, ao lado das medidas de salvaguarda e das medidas *antidumping*. A finalidade primordial dessas medidas é permitir que a indústria nacional possa competir com igualdade de oportunidades diante da oferta de produtos realizada por exportadores estrangeiros no mesmo setor.

As medidas de salvaguarda são mecanismos que permitem o combate às importações, cujo aumento abrupto do volume seja capaz de causar ameaças reais ou potenciais à concorrência do Estado importador.

Baseadas na não-seletividade, as medidas de salvaguarda devem ser impostas a determinado produto de forma indiscriminada e não a determinado país, exigindo-se do Estado que as impõe o dever de negociar concessões em outras áreas, numa lógica em que a salvaguarda imposta às importações de um setor (ex. siderúrgico) deve ser compensada com condições mais favoráveis ao comércio em outro seguimento (ex. calçados) (Siena Júnior, 2006, p. 82).

As medidas *antidumping*, a seu turno, são exceções autorizadas pela OMC que têm por finalidade sobretaxar produtos importados que tenham sido expostos à venda no comércio de outro Estado por valor abaixo do normal, causando ou ameaçando causar danos à indústria estabelecida do Estado importador ou lhe retardando o estabelecimento da indústria nacional (ONU, 1994).

As medidas *antidumping* interferem no valor e na quantidade das importações e podem ser impostas sem a necessidade de qualquer contrapartida pelo Estado que as impôs.

Já os subsídios se constituem na subvenção concedida pelo Estado a determinado setor, para atuar em áreas de baixa rentabilidade ou aumentar o volume de exportações. A subvenção exige que o governo abdique de bens ou capital, por meio de isenções fiscais, repasses, ou, ainda, por meio de doações de terras (Gerardello, 2015, p. 47).

Assim, os subsídios podem ser definidos como uma forma de intervenção estatal na atividade econômica, caracterizada por transferências de recursos a produtores e consumidores, no objetivo de suplementar suas rendas ou reduzir os custos de produção. Essa transferência pode ser realizada de forma direta, quando o aporte de recursos provém de receitas públicas, ou de forma indireta, quando o governo se utiliza de entidades privadas para realizar tais transferências (Hoekman; Kostecki, 1995, p. 30, tradução nossa).

Cabe ressaltar que a concessão de subsídios será ilegítima quando causar grave dano à indústria doméstica de outros Estados, decorrente da averiguação de que pretende influenciar no desempenho da indústria exportadora ou incentivar o uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos importados (Siena Júnior, 2006, p. 79-81).

A Organização Mundial do Comércio faz a regulamentação das subvenções ao setor agrícola por meio do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e do Acordo Sobre Agricultura (ASA), que devem ser aplicados de maneira integrada.

O Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) da OMC, de 1994, trata dos subsídios de maneira geral e faz referência a existência de 2 (duas) categorias de subsídios

ainda vigentes: os subsídios considerados proibidos, e; os subsídios proibidos, mas acionáveis.

Os subsídios considerados proibidos são vinculados, de fato ou de direito: a) ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições; b) ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições. Os subsídios proibidos podem ser excepcionados somente pelas disposições constantes no Acordo Sobre Agricultura (Brasil, 1994c).

Os subsídios proibidos, mas recorríveis, a seu turno, são aqueles cuja legalidade poderá ser questionada diante do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, quando a sua instituição: a) causar dano à indústria nacional de outro Membro; b) incutir na anulação ou prejuízo de vantagens resultantes para outros Membros, direta ou indiretamente; c) causar grave efeito danoso aos interesses de outro Membro (Brasil, 1994c).

Já o Acordo Sobre Agricultura (ASA) da OMC, de 1994, traz uma série de compromissos que têm por finalidade possibilitar reduções progressivas em matéria de apoio e proteção à agricultura, a serem mantidas apenas por um determinado período, previamente acordado, de modo a corrigir e prevenir distorções no mercado agrícola internacional (Brasil, 1994b).

As questões basilares sobre as quais recaem os compromissos do ASA estão ligadas ao “Acesso a Mercados”, a “Medidas de Apoio Interno” e aos “Subsídios às Exportações”.

O “Acesso a Mercados”, previsto no ASA, abarca compromissos que objetivam melhorar a competitividade e ampliar as oportunidades comerciais internacionais na área agrícola, por meio da redução de barreiras e da substituição das barreiras não-tarifárias por tarifas *ad valorem* (tarifárias) ou específicas (Brasil, 1994b).

À época em que se deu o consenso sobre o ASA, ou seja, em 1994, para chegar ao equivalente tarifário (*ad valorem* ou específico) usou-se a diferença entre os preços externos e os internos, com base no período 1986–1988. Assim:

A escala de redução para os países desenvolvidos foi estipulada em uma média de 36%, com uma redução mínima de 15% por linha tarifária, e, para os países em desenvolvimento, uma média de 24%, com uma redução mínima de 10%. Aos países de menor desenvolvimento relativo não foi feita nenhuma exigência (Coelho; Werneck, 2004, p. 6).

Deste modo, firmou-se que nenhum Estado Membro poderia exportar para outro Estado Membro com percentuais tarifários maiores que os níveis estabelecidos.

As regras de “Acesso a Mercados” também preveem o compromisso de “acesso mínimo”, prevendo, para tanto, a criação, pelos Estados Membros, de cotas de importação correspondentes ao volume real das importações correntes, ou a 3% do consumo no período-base (o que seja mais elevado). Essas cotas foram aumentadas em 0,4 ponto percentual, ao ano, até atingirem 5% do consumo, no fim do período de implementação do acordo. Já para os Estados em desenvolvimento, o compromisso foi de 1% para 2% (Coelho; Werneck, 2004, p. 6).

A tutela de “Acesso a Mercados” ainda faz incidir outras 2 (duas) salvaguardas especiais,

sendo uma delas baseada em preços e outra em quantidade.

A salvaguarda especial baseada em preços poderá ser aplicada sempre que o preço corrente de importação ficar abaixo de um preço objeto de proteção (*threshold* ou *trigger price*²), o qual geralmente corresponde ao preço externo de referência praticado no período-base (Coelho; Werneck, 2004, p. 7).

Carlos Nayro Coelho e Patrycia Werneck (2004, p. 7) discorrem que “O acréscimo nas tarifas é diretamente proporcional à diferença entre os dois preços. Se, por exemplo, a diferença ficar entre 10% e 40% do preço de proteção, a tarifa adicional será de 30% do valor que exceder os 10%”.

A salvaguarda especial baseada em quantidade autoriza, segundo Carlos Nayro Coelho e Patrycia Werneck (2004, p. 7), “o uso de uma tarifa adicional não superior a 1/3 da tarifa extracota, até o final do ano em que for imposta. A quantidade de proteção (*trigger volume*³), não pode exceder 125% da média de importação dos últimos 3 anos”.

A incidência da salvaguarda especial de quantidade também considera a participação das importações no consumo total nos 3 (três) anos anteriores, de modo a avaliar a “penetração das importações”. Assim, Carlos Nayro Coelho e Patrycia Werneck (2004, p. 7) ressaltam que “Se ela for menor que 10%, o padrão de 125% da quantidade de proteção se aplicará. Se ficar entre 10% e 30%, o *trigger* ou quantidade de proteção corresponderá a 110%, e, se for maior que 30%, o *trigger* será de 105%”.

Já os “Compromissos de Apoio Interno”, previstos no ASA, consagram medidas de apoio à produção doméstica, como elemento de destaque no processo de liberalização do comércio. Carlos Nayro Coelho e Patrycia Werneck (2004, p. 7) anotam que o ASA faz referência “[...] as medidas de apoio doméstico que não afetam ou afetam minimamente o comércio e, portanto, não estão sujeitas a redução, e as medidas que afetam o comércio, chamadas de Medidas Agregadas de Suporte – AMS –, sujeitas a redução”.

O ASA contempla uma extensa lista de políticas isentas de redução que integram a chamada “Caixa Verde” do Acordo Sobre Agricultura, prevista no Anexo 2. Segundo os parágrafos 1a e 1b do Anexo 2 do ASA, de modo geral, estas medidas devem ser financiadas por fundos públicos e não por meio de transferências dos consumidores, bem como não podem ter como efeito a garantia de preços aos produtores (Brasil, 1994b).

A “Caixa Verde” do ASA contempla:

- a) serviços gerais, incluindo pesquisa, controle de doenças e pragas, treinamento, extensão rural, inspeção, promoção comercial e serviços de infra-estrutura;
- b) estoques de segurança alimentar;
- c) ajuda alimentar doméstica;
- d) pagamentos diretos aos produtores (inclusive apoio à renda do produtor, desvinculada da produção e dos preços – *decoupled*), seguro de renda e outros programas de redução de risco, pagamentos de desastre, programas de aposentadoria rural, programas de apoio ao investimento, programas ambientais e programas de

2 *Trigger price* ou *threshold* - preço de proteção.

3 *Trigger volume* – volume de proteção

assistência ou desenvolvimento regional (Coelho; Werneck, 2004, p. 7).

Porque contemplam medidas consideradas de efeito mínimo ou nulo no comércio, as políticas integrantes da “Caixa Verde” não são acionáveis, porque são isentas de redução.

Já as Medidas Agregadas de Suporte (AMS) integram a chamada “Caixa Amarela” do ASA. Esta categoria contempla medidas de apoio interno que distorcem profundamente a produção e o comércio e, segundo o Acordo sobre Agricultura da OMC, os Estados Membros assumiram compromissos de reduzir o valor total dessas medidas, salvo pequenas exceções (OAS, 2021).

A base de cálculo para o compromisso de redução, no tocante à “Caixa Amarela”, tem como base a soma de todos os pagamentos realizados com as políticas não-isentas, ou seja, não existem compromissos de redução específicos de produtos ou políticas. Deste modo, Carlos Nayro Coelho e Patrycia Werneck (2004, p. 8) salientam que “As AMS anuais devem ser reduzidas a partir da AMS-base, anualmente, a partir de 1995, devendo os países desenvolvidos atingirem 20% até o ano 2000, e os países em desenvolvimento, 13,3% até o ano 2005”.

As medidas de suporte que foram excluídas das propostas de redução, e são exceção à “Caixa Amarela”, integram a chamada “Caixa Azul”, e incluem:

- a) medidas destinadas a produtos específicos ou inespecíficos, que signifiquem uma pequena percentagem de transferências para os produtos, ou seja, 5% do valor da produção, ao nível do produtor, nas nações desenvolvidas, e 10% para os países em desenvolvimento (artigo 6.4, conhecido como “cláusula de *minimis*”);
- b) pagamentos diretos vinculados a programas de controle de produção (artigo 6.5);
- c) provisões relativas ao tratamento especial diferenciado – SDT – para países em desenvolvimento, permitindo medidas adicionais de suporte, como subsídio a investimento, subsídio a insumos disponíveis para produtores pobres e suporte vinculado a programas para estimular a reconversão de agricultores engajados na produção de narcóticos (Coelho; Werneck, 2004, p. 7-8).

As medidas de apoio interno que pertencem à “Caixa Azul” estão relacionadas a medidas de pagamentos efetuados pelo governo a título de apoio, diretamente vinculados ao uso da terra ou ao número de animais na produção agrícola. Essas medidas incluem esquemas que limitam a produção, por intermédio da imposição de cotas de produção ou da exigência de que os produtores reservem parte de suas terras. Na prática, configuram isenções à regra geral de que todos os subsídios vinculados à produção devam ser reduzidos ou mantidos em níveis mínimos definidos (OAS, 2021).

As medidas de apoio classificadas na “Caixa Amarela” e na “Caixa Azul” são acionáveis, ou seja, poderão ser alvo de consultas, desde que se cumpram os requisitos exigidos pelo Acordo, como comprovação de prejuízo ou de ameaça de prejuízo (Coelho; Werneck, 2004, p. 11).

Importante ainda destacar que, quando houver necessidade de incrementar substancialmente as subvenções para proteger o produtor, tidas como medidas de apoio interno, com instrumentos ligados ao suporte de preços, os Estados Membros em desenvolvimento podem lançar mão da

“Cláusula de *minimis*”, que permite, sem compromisso de redução, a aplicação de 10%, do valor da produção agrícola, à título de subvenção (Brasil, 1994b).

Se as transferências não forem relacionadas com o mercado, os Estados Membros em desenvolvimento podem usar a cláusula de “Tratamento Especial e Diferenciado”, que permite subsídios nos investimentos e subsídios nos insumos para pequenos produtores (Coelho; Werneck, 2004, p. 9).

Por fim, a tutela dos “Subsídios às Exportações”, prevista no ASA, prevê o compromisso de redução dos subsídios à produção destinada à exportação (Brasil, 1994b), especificamente:

- a) subsídios diretos (inclusive pagamentos em espécie) ligados ao desempenho das exportações; b) subsídios para permitir a colocação de um produto no mercado internacional, cujo preço doméstico seja superior ao preço externo; c) pagamentos nas exportações de um produto financiado pelo governo, mesmo que não seja considerado contabilmente um gasto público, inclusive pagamentos derivados da aplicação de uma taxa na importação do produto em questão, ou de seus derivados; d) subsídios para reduzir os custos de comercialização (que não sejam conforme os conhecidos esquemas de promoção comercial); e) transporte e frete (dentro do país) de produtos destinados ao mercado; f) subsídios em produtos agrícolas ligados ao seu uso em outro produto exportado (Coelho; Werneck, 2004, p. 9).

Para evitar a quebra dos compromissos atinentes aos subsídios às exportações, o artigo 10 do ASA disciplina o uso de medidas não-comerciais, como ajuda alimentar e crédito às exportações.

No tocante à ajuda alimentar, o artigo 10.4 determina que as subvenções, que deverão se revestir em doações: a) não sejam direta ou indiretamente vinculadas às exportações comerciais de produtos agrícolas; b) devem estar de acordo com os “Princípios da FAO⁴ sobre Distribuição de Excedentes e Obrigações de Consultas”, inclusive, quando cabível, do sistema de Requisitos Usuais de Comercialização (RUM); c) ser realizadas integralmente a título de doação, em termos não menos favoráveis do que aqueles previstos no Artigo IV da Convenção de 1986, sobre Ajuda Alimentar (Brasil, 1994b).

No que se refere a concessão de crédito às exportações, o artigo 10.2 esclarece que a regulamentação deverá advir do empenho dos Estados Membros em estabelecer, por meio de consenso, regras sobre a sua disciplina, bem como garantias às operações e programas de seguro.

A concessão de subsídios agrícolas em discordância com as regras contidas no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e no Acordo Sobre Agricultura (ASA) da OMC suscita discussões que podem ser levadas para resolução ante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da organização. A disciplina dos “recursos” a serem utilizados para questionar a concessão de subvenções ao comércio agrícola está prevista do artigo 7º do ASMC, já que estão incluídos na categoria de subsídios acionáveis (Brasil, 1994b).

Sempre que um Membro tenha motivos para crer que um subsídio agrícola tenha sido

4 FAO - Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (*Food and Agriculture Organization*).

irregularmente concedido por outro Membro, poderá realizar pedido de consultas ao Estado supostamente infrator. Se no prazo de 30 (trinta dias) uma solução mutuamente aceitável não for encontrada, o Estado Membro reclamante está autorizado a solicitar abertura de Painel de disputa, junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (Brasil, 1994c).

O Painel emitirá relatório sobre a disputada no prazo de 90 (noventa) dias, que estará sujeito a recurso diante do Órgão de Apelação, cujo relatório, circulado em até 30 (trinta) dias, deverá ser adotado pelo OSC e aceito incondicionalmente pelas partes litigantes (Brasil, 1994c).

Se o subsídio em análise for considerado proibido, o Painel ou o Órgão de Apelação recomendarão, no seu relatório final, que o Membro outorgante retire a referida medida imediatamente (Brasil, 1994c).

Caso a recomendação emitida não seja cumprida no prazo especificado, o OSC autorizará o Membro reclamante a adotar contramedidas apropriadas, que podem ser decididas mediante procedimento de arbitragem, nos ditames do parágrafo 6º, do Artigo 22, do Entendimento sobre Solução de Controvérsias - ESC (Brasil, 1994c).

A resolução destes conflitos pelo OSC revela a primazia do desenvolvimento equânime entre os países, haja vista que a instituição de subsídios agrícolas, em percentual superior aos permitidos pelos acordos regulamentadores, causa grande prejuízo à justa participação dos Estados no mercado internacional.

3 O TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC) E A IGUALDADE CONCORRENCIAL NO COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL

A concessão de subvenções ao setor agrícola é medida que tem especial poder de desequilibrar as oportunidades concorrenciais no mercado internacional. Por conta disso, ao longo dos anos, as rodadas de negociações da OMC objetivam reduzir gradualmente os níveis de concessão dos subsídios agrícolas.

As políticas que norteiam e regulam os subsídios agrícolas na OMC, constantes no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) e no Acordo Sobre Agricultura (ASA), contêm compromissos de redução e eliminação destas subvenções.

Mas, por reconhecer a distância de potencial econômico entre os Estados Membros desenvolvidos e os Estados Membros em desenvolvimento, bem como a dependência da economia agrícola de incentivos governamentais nos Estados com maior fragilidade econômica, esses acordos contêm disposições especiais, que flexibilizam os compromissos assumidos em razão do “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados em desenvolvimento.

O Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) aborda o “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados em desenvolvimento no artigo 27, que estabelece exceções à proibição de instituir ou manter subvenções proibidas, tendo em vista à especial importância que

esses programas têm para o desenvolvimento econômico destes Membros (Brasil, 1994c).

No Anexo 1 do ASMC constam vários esquemas de incentivos direcionados para empresas orientadas para a exportação. Em princípio, estes subsídios são proibidos, nos termos do Artigo 3.1 do ASMC, mas os Estados em desenvolvimento podem ter acesso a eles por conta do “Tratamento Especial e Diferenciado” previsto o Artigo 27 do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. “Em particular, tais subsídios podem continuar a ser usados por países menos desenvolvidos, ao passo que outros países em desenvolvimento já dispuseram de um período de graça de até oito anos” (D’Ávila, 2006, p. 95).

Já o Acordo Sobre Agricultura (ASA) esclarece, já no seu Preâmbulo, que o “Tratamento Especial e Diferenciado” é elemento integrante das negociações, determinando que as necessidades e condições particulares dos Estados Membros em desenvolvimento deverão ser levadas em consideração pelos Estados desenvolvidos, quando da implementação dos compromissos de “Acesso a Mercados”, para que haja melhoria das condições de entrada para produtos agrícolas de especial interesse dos Estados com menor potencial econômico (Brasil, 1994b).

No seu corpo, o Acordo Sobre Agricultura (Brasil, 1994b) consagra o “Tratamento Especial e Diferenciado” aos Estados em desenvolvimento no artigo 15, que dispõe o seguinte:

Artigo 15

Tratamento Especial e Diferenciado

1. Tendo-se reconhecido que o tratamento diferenciado e mais favorável a países em desenvolvimento Membros constitui parte integrante da negociação, deverá conceder-se tratamento especial e diferenciado no que se refere aos compromissos, conforme estabelecido nas disposições pertinentes do presente Acordo e consubstanciado nas Listas de concessões e compromissos.
2. Os países em desenvolvimento terão flexibilidade para implementar os compromissos de redução ao longo de um período de até 10 anos. Não se exigirá dos países de menor desenvolvimento relativo Membros que assumam compromissos de redução.

Como se vê, o “Tratamento Especial e Diferenciado”, previsto no ASA, deu aos Estados Membros em desenvolvimento maior flexibilidade para implementar os compromissos de redução de subsídios agrícolas, concedendo-lhes o prazo de 10 (dez) anos. O referido acordo ainda isentou dos compromissos os Estados de menor desenvolvimento relativo.

O “Tratamento Especial e Diferenciado” também deverá ser levado em conta em todas as negociações, particularmente no que se refere aos compromissos estabelecidos pelo ASA e consubstanciado nas Listas de concessões e compromissos.

As normativas que flexibilizam os compromissos do Acordo Sobre Agricultura e privilegiam o “Tratamento Especial e Diferenciado” objetivam equalizar as condições econômicas dos diferentes Estados Membros da OMC, a fim de lhes possibilitar maior capacidade de concorrência no mercado agrícola internacional, bem como garantir que os acordos da OMC não lhes seja empecilho para proporcionar condições mínimas de direito alimentar a sua própria população.

Contudo, ainda assim, o “Tratamento Especial e Diferenciado” previsto nos acordos da OMC aos Estados Membros em desenvolvimento, não é capaz de garantir a eles a justa participação no comércio agrícola internacional, já que poucos países em desenvolvimento subsidiam suas exportações de produtos agrícolas e a grande maioria não tem poder econômico para fazer isso. Logo, André Luiz Bettega D’Ávila (2006, p. 109) discorre que “[...] a taxa de redução de subsídios à exportação mais baixa do que os países desenvolvidos, possui pouco valor prático para muitos dos países em desenvolvimento, já que eles não têm nada a reduzir”.

Passadas quase 3 (três) décadas da criação da Organização Mundial do Comércio e da vigência dos acordos que tutelam as políticas destinadas ao setor agrícola, ainda há inúmeras divergências entre os países, que levam o seu descontentamento para discussão junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Isso acontece porque a concessão de subsídios, mesmo quando direcionados à produção interna, oportuniza a formação de excedentes exportáveis a preços abaixo do custo de produção, que, por sua vez, diminuem a competitividade dos produtores não subsidiados, quando inseridos no mercado internacional (Dantas, 2009, p. 416).

As consequências da prática de concessão dos subsídios são proporcionais ao tamanho da economia do Estado que os concede. Como os Estados em desenvolvimento, de maneira geral, subsidiam o seu setor agrícola em escala inferior aos subsídios concedidos pelos Estados desenvolvidos, as consequências ao crescimento econômico e agroindustrial dos países menos abonados constitui obstáculo ao próprio desenvolvimento dos mesmos (Dantas, 2009, p. 416).

Assim, o “Tratamento Especial e Diferenciado”, por si apenas, não é capaz de equilibrar a concorrência internacional no mercado agrícola, eis que, as concessões dirigidas aos Estados em desenvolvimento não têm efeito sobre a política contínua de concessão de subsídios ao setor agrícola praticada pelos Estados Membros desenvolvidos.

Isso acontece porque, embora tenham maior flexibilidade para conceder subsídios, a capacidade econômica dos Estados em desenvolvimento não lhes permite subsidiar a contento o seu respectivo setor agrícola.

Noutra banda, embora haja diversas proibições e limitações à concessão de subvenções ao setor agrícola dos Estados Membros desenvolvidos, tais países se utilizam de possíveis brechas nos Acordos da OMC na tentativa de legitimar o uso de medidas, que, em verdade, lhes são vedadas.

Essa dissonância de condições fica evidente na análise de casos emblemáticos decididos pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, que foram abertos em razão da reclamação de Estados Membros em desenvolvimento contra a concessão de subsídios agrícolas realizada por Estados Membros desenvolvidos.

A disputa comercial DS267 (*The United States – Subsidies on Upland Cotton Case*) da OMC, sobre “Subsídios à produção e exportação de algodão dos Estados Unidos (EUA)”, abordou reclamação formulada pelo Brasil contra os subsídios concedidos pelos Estados Unidos à produção e exportação de algodão, em forma de programas de garantia de crédito às exportações.

Realizado em 27 de setembro de 2002, o pedido de Consultas elaborado pelo Brasil

enunciou danos às exportações agrícolas brasileiras, causados pelas políticas americanas de subsídios, na ordem de 12,9 bilhões de dólares, desde 1998.

Além de contribuírem para a penetração das exportações de algodão dos EUA em mercados que poderiam estar sendo disputados pelo Brasil, os referidos programas de subsídios à exportação vinham ocasionando: a) a dilapidação dos preços internacionais; b) o deslocamento das exportações brasileiras, e; c) o aumento da participação americana no mercado mundial do algodão (D'Ávila, 2006, p. 143-144).

Como não foi possível chegar num entendimento mútuo na fase de Consultas, em 18 de março de 2003, o Órgão de Solução de Controvérsias autorizou o estabelecimento de Painel, atendendo a pedido do Brasil (OMC, 2014).

O Painel examinou as reclamações brasileiras, à luz dos artigos 5 e 6 do Acordo sobre Subsídios da OMC, que tratam sobre “prejuízo grave”, e do artigo XVI do GATT/1994, que trata sobre as subvenções em geral (OMC, 2014).

Em suas argumentações, o Brasil suscitou que, entre 1998 e 2001, o programa norte-americano de assistência à perda de mercado de produtores rurais, denominado *Market Loss Assistance*, realizou subvenções proibidas, por meio de pagamentos decorrentes da concessão de crédito (D'Ávila, 2006, p. 150).

Sob o argumento de que se tratava de pagamentos emergenciais, porque, à época, os produtores de algodão dos Estados Unidos não tinham como sobreviver com o apoio de outros subsídios agrícolas, o programa beneficiou cerca de 99% da produção norte-americana, sendo que, apenas no ano de 2002, um valor total de US\$ 1,077 bilhão fora injetado na produção de algodão (D'Ávila, 2006, p. 150).

Diante disso, o governo brasileiro argumentou que os benefícios do programa causavam um efeito distorcido no comércio de algodão e contrariavam as disposições do Anexo 2 do ASA, pois o aludido subsídio não poderia ser incluído como um subsídio da “Caixa Verde”, que faz referência apenas ao cultivo de frutas, vegetais e arroz selvagem, consoante disposto no parágrafo 6.b; se não incluídos na “Caixa Verde”, os subsídios norte-americanos eram proibidos pelo ASA, e, por isso, plenamente acionáveis (D'Ávila, 2006, p. 149-150).

Em sua defesa, os Estados Unidos sustentaram a legalidade de seus programas de subsídios em relação às normativas da OMC. A defesa ainda suscitou a incapacidade desses programas de surtir efeitos sobre depreciação de preços, bem como o aumento de sua participação no mercado ou qualquer grave prejuízo ao Brasil (D'Ávila, 2006, p. 157-158).

O Estado norte-americano ainda argumentou que: as possíveis subvenções ao setor agrícola de algodão não poderiam estar taxativamente excluídas na chamada “Caixa Verde”, por ausência de previsão expressa e específica no ASA, e; as garantias de crédito à exportação não se constituiriam em subsídios à exportação (D'Ávila, 2006, p. 159).

O relatório final do Painel, circulado em 08 de setembro de 2004, acolheu as argumentações do Brasil e decidiu pela necessidade de afastamento das medidas de subvenção até então concedidas pelo governo norte-americano ao comércio agrícola de algodão (OMC, 2014).

A decisão exarada pelo Painel considerou que: as medidas de apoio doméstico concedidas pelos Estados Unidos não estavam inseridas na “Caixa Verde” e, por isso, tratavam-se de medidas proibidas; as medidas de apoio doméstico proibidas poderiam ser concedidas apenas nos limites percentuais estabelecidos pelo ASA; as medidas de apoio doméstico concedidas pelos Estados Unidos beneficiaram uma *commodity* específica, o algodão, em patamares superiores aos percentuais permitidos pelo ASA, que no caso, era “zero” (D’Ávila, 2006, p. 167).

O Painel ainda considerou que: qualquer subsídio à exportação previsto no Artigo 9.1 do ASA, em respeito ao algodão (ou qualquer outro produto não listado), é proibido; que os programas de garantias de crédito concedidos à exportação pelos EUA constituíam subsídios ao setor de exportação, sendo, portanto, proibidos (D’Ávila, 2006, p. 168-172).

Por não concordar com este desfecho, em 13 de outubro de 2004, os EUA recorreram da decisão junto ao Órgão de Apelação (OMC, 2014).

Em 03 de março de 2005, o Órgão de Apelação emitiu relatório final sobre a disputa, confirmando a decisão do Painel. Acolhendo o pleito do Brasil, a decisão do contencioso reconheceu que os programas de subsídios norte-americanos, em matéria de apoio doméstico e garantia de crédito às exportações, estavam em desacordo com as regras da OMC sobre subsídios agrícolas, prejudicando a concorrência internacional e causando sérios danos aos produtores brasileiros (D’Ávila, 2006, p. 145).

Com efeito, os Estados Unidos saíram vencidos, mas, recusaram-se a retirar os subsídios no prazo estipulado. Por conta disso, em 2009, a OMC concedeu ao Brasil o direito de retaliar comercialmente os Estados Unidos em até US\$829,3 milhões por ano (Brasil, 2013).

A retaliação, consubstanciada em restrição de importações, envolveu direitos de propriedade intelectual e outros, cuja listagem, contida na Resolução Camex nº 15/2010, incluiu 102 itens, dentre os quais estavam: “perfumaria e cosméticos; algodão e derivados; têxteis e vestuário; máquinas e equipamentos; veículos automotores, e; e produtos médicos, incluindo medicamentos” (Brasil, 2013).

A medidas de retaliação foram suspensas ainda em 2010, em razão de acordo mútuo de entendimento, firmado por Brasil e Estados Unidos. Por meio da assertiva, os Estados Unidos se obrigaram a repassar o valor anual de US\$147,3 milhões para atividades relacionadas a assistência técnica, capacitação e cooperação do setor algodoeiro do Brasil, que foram recebidos pelo governo por intermédio do Instituto Brasileiro do Algodão - IBA (Brasil, 2013).

Não obstante, no final de 2013, os EUA suspenderam os pagamentos ao IBA, razão pela qual o Estado brasileiro passou a preparar tecnicamente a retomada do processo de retaliação, com vistas à abertura de um painel de implementação na OMC (Brasil, 2013).

Em 16 de outubro de 2014, Brasil e os Estados Unidos notificaram o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC que haviam concluído novo Memorando de Entendimento, motivo pelo qual a disputa foi definitivamente encerrada (OMC, 2014).

Não obstante, os subsídios dos Estados Unidos, embora ilegais, foram concedidos por anos ao setor algodoeiro, sob a justificativa de que os programas de crédito às exportações não

seriam subvenções expressamente vedadas pelos acordos da OMC. O deslinde do caso pelo OSC possibilitou o afastamento das medidas que distorciam o comércio internacional de algodão, de modo a equalizar as possibilidades de concorrência no referido setor agrícola.

Em que pese o deslinde da disputa comercial DS267 (*The United States – Subsidies on Upland Cotton Case*) ter sido favorável ao Estado Membro em desenvolvimento reclamante, o Brasil, em confronto com um Estado Membro desenvolvido reclamado, os Estados Unidos, é de se pontuar que a efetiva implementação do que é decidido pelo OSC depende do poder econômico do Estado Membro beneficiado pela decisão, tanto para subsidiar a disputa quanto para implementar medidas de retaliação.

E há diferentes níveis de desenvolvimento e poderio econômico entre os Estados Membros desenvolvidos e os Estados Membros em desenvolvimento.

Com efeito, como condição para fazer parte da Organização Mundial do Comércio, o Estado deve se autodesignar como “Estado em desenvolvimento” ou “Estado desenvolvido”. O caráter não formal de submissão às regras do sistema multilateral de comércio, não considera, contudo, os diferentes níveis de desenvolvimento que acometem os Estados.

Neste diapasão, Eduardo Saldanha (2012, p. 316) discorre que “[...] países menos desenvolvidos são obrigados a arcar com as consequências do tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento que possuam um grau mais acentuado de desenvolvimento”, havendo, ainda, perdas mais significativas aos países mais frágeis, classificados como Estados em desenvolvimento, no mesmo patamar de outros mais desenvolvidos.

Mesmo o procedimento de apreciação de disputas comerciais pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC é capaz de constituir entrave a plena atuação dos Estados Membros em desenvolvimento.

Neste sentido, Welber Oliveira Barral e Tatiana Prazeres (2006, p. 38) suscitam que o procedimento pode constituir grande limitação para os Estados em desenvolvimento, já que é necessária uma boa monta de recursos financeiros para identificar as medidas internas de outros Membros contrárias às normas da OMC.

Além disso, uma vez convencidos de seu direito, os Estados em desenvolvimento devem ter aparato financeiro suficiente para suportar até 3 (três) anos de disputas nas instâncias decisórias do OSC, bem como os possíveis efeitos que poderão advir diante da aplicação da sanção definida frente ao poderio econômico do país sobre o qual ela recairá (Barral; Prazeres, 2006, p. 38).

Nesta senda, enquanto na disputa comercial DS267 o Brasil foi capaz de suportar os custos da disputa e da retaliação imposta contra os Estados Unidos, na disputa comercial DS16 (*European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*), em que Estados Unidos, Equador, Guatemala, Honduras e México foram reclamantes, apesar de a Comunidade Europeia ter sido condenada, diante da não implementação da decisão, apenas os Estados Unidos implementaram medidas de retaliação.

Com efeito, na disputa comercial DS16, iniciada mediante consulta em 28 de setembro de 1995, os reclamantes informaram que o regime de importação, vendas e distribuição de bananas

da Comunidade Europeia era inconsistente com os Artigos I, II, III, X, XI e XIII do GATT, e com as disposições do Acordo de Procedimentos para Licenciamento de Importação, o Acordo de Agricultura, o Acordo de Medidas Relacionadas o Comércio e Investimento – TRIMS e o Acordo Geral de Comércio de Serviços – GATS (OMC, 2012).

Aberto em 24 de abril de 1996, o Painel concluiu que o regime de importação da CE, assim como os procedimentos de concessão de licenças para importação de bananas do regime adotado pela CE eram incompatíveis com o GATT. A questão foi submetida ao Órgão de Apelação, cujo relatório, distribuído aos Membros no dia 9 de setembro de 1997, confirmou a maior parte das conclusões do Painel (Amaral, 2012, p. 181-182).

Diante da não adoção das recomendações pela CE, enquanto os EUA adotaram as medidas de retaliação autorizadas pelo DS27, os demais Membros reclamantes, quais sejam, Equador, Guatemala, Honduras e México, todos em desenvolvimento, optaram pelo silêncio (OMC, 2012), em evidente opção pela não compensação pelo dano sofrido.

Welber Oliveira Barral e Tatiana Prazeres (2006, p. 40) justificam tal posicionamento no receio destes países em desenvolvimento, com economia mais fragilizada, de terem que suportar maiores perdas econômicas caso optassem pela aplicação da sanção definida pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Embora nem todos os Membros reclamantes tenham feito uso das medidas de retaliação autorizadas, no dia 7 de janeiro de 2010, a CE e o Equador notificaram ao OSC que haviam alcançado uma solução mutuamente acordada, a fim de terminar a disputa. Previamente, no dia 21 de dezembro de 2009, a CE relatou, no encontro do OSC, que havia iniciado com o Equador e outros membros o chamado Acordo de Genebra sobre o Comércio de Bananas (Amaral, 2012, p. 185).

Com efeito, a grande relevância do OSC está em constituir espaço para discussão das questões interestatais numa esfera isonômica e com espaços bem definidos para reclamações, defesas e recursos. Isso não impede, contudo, que o sistema também seja alvo de críticas, a exemplo do alto custo de acesso para os países em desenvolvimento e da possibilidade de inefetividade das decisões implementadas (Bergamaschi, 2021, p. 88).

A possibilidade de inefetividade das decisões implementadas configura uma das questões mais complexas enfrentadas pelo OSC e, geralmente, está relacionada às disparidades econômicas dos Estados Membros e aos possíveis efeitos que poderão advir diante da aplicação da sanção definida, principalmente quando significarem outras perdas econômicas⁵ (Barral; Prazeres, 2006, p. 40).

Com efeito, são elevados os custos econômicos quer para o Estado que sofre os efeitos

5 Welber Oliveira Barral e Tatiana Prazeres suscitam que, no intuito de garantir a efetividade da sanção imposta por um país em desenvolvimento contra um país desenvolvido, a literatura de autores como Bernard M. Hoekman e Petros C. Mavroidis (1999) sugere a aprovação de um novo regramento na OMC, com vistas a efetivar uma retaliação conjunta por todos os Membros e não apenas por aquele que foi diretamente prejudicado, numa dinâmica em que “[...] a violação de norma da OMC ou o descumprimento de decisão do OSC representaria uma agressão a todos os Membros que se comprometeram com o respeito às regras, e não apenas àquele que *in casu* foi imediatamente prejudicado” (Barral; Prazeres, 2006, p. 40-41).

das sanções quer para o Estado que as impõe, principalmente em se tratando de países que tenham uma situação financeira mais vulnerável. Em verdade:

A experiência demonstra que o mecanismo existente favorece os países desenvolvidos pelas seguintes razões: (1) os remédios previstos, quando aplicados pelos países desenvolvidos ao comércio com nações em desenvolvimento, tendem a ser mais eficazes e exercem maior pressão devido à importância do seu mercado consumidor; (2) as sanções impostas pelas nações em desenvolvimento lhes acarretam efeitos econômicos consideráveis, dada a sua maior dependência em relação aos países desenvolvidos; (3) os países desenvolvidos se abstêm de executar as recomendações porque não há instrumentos que os forcem a proceder dessa maneira; e (4) as regras atuais incentivam a manutenção da medida incompatível por longo período até que se conclua todas as fases do contencioso, sem que o Membro violador sofra alguma sanção (Amaral Júnior, 2008, p. 87-88).

Assim, a vulnerabilidade econômica dos Estados Membros com menores condições de desenvolvimento atua como elemento decisivo no momento de opção pelo procedimento de execução das decisões no OSC, pois a sua dependência econômica em relação aos países desenvolvidos suscita neles o receio de que as retaliações lhe causem maiores prejuízos do que a manutenção das medidas consideradas inadequadas (Bergamaschi, 2021, p. 88).

Em que pese a existência de tais críticas, Celso Lafer (1998, p. 265) sugere que Estados em desenvolvimento devem considerar a OMC a melhor instância para forjar poder pela ação conjunta e exercitar a competência de defesa dos interesses nacionais, concluindo que “É neste tipo de tabuleiro que reside o melhor do nosso potencial para atuar na elaboração das normas e pautas de conduta da gestão do espaço da globalização no campo econômico, no qual reside o nosso maior desafio”.

Para Celso Lafer (2002, p. 104), é inconcebível que bilhões de dólares sejam destinados em subsídios ao setor agrícola dos países desenvolvidos, “em prejuízo das exportações de produtos agrícolas de países que necessitam de recursos para financiar seu desenvolvimento, distorcendo o comércio internacional de forma profundamente injusta [...]”.

Para o Autor, o tratamento da agricultura junto ao sistema multilateral do comércio é diferenciado, eis que a proteção tarifária e o nível de apoio governamental ao setor agrícola mantêm-se elevados, dentro de um sistema que busca a substancial redução das barreiras tarifárias (Lafer, 2002, p. 382).

Não obstante a relevância da contribuição do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC para a estabilização do comércio internacional, a paralisação do seu Órgão de Apelação, ocorrida no final de 2019, significa a inefetividade do próprio mecanismo de solução de conflitos.

Com efeito, desde 2019, deixou de existir o quórum mínimo de 3 (três) juízes, exigido para o funcionamento do Órgão de Apelação, e as diversas tentativas de nomeação de novos integrantes para preenchimento dos cargos vagos restaram frustradas, em razão de reiterados vetos praticados pelo governo dos Estados Unidos (Lemos, 2020).

Isso, significa, em termos práticos, que as disputas estabelecidas ficam fadadas à irresolução, bastando, para tanto, que a parte insatisfeita opte por impugnar o relatório emitido pelo Painel, remetendo-o à apreciação do Órgão de Apelação, instância recursal cujo funcionamento está indefinidamente suspenso.

A completa atuação do Órgão de Solução de Controvérsias no deslinde de casos, que envolvam a conformidade das medidas adotadas pelos Estados Membros com as normativas dispostas nos Acordos da OMC, é extremamente relevante, porque promove a concorrência justa e leal entre os atores envolvidos, sobretudo na esfera de apreciação e coibição de medidas meramente protecionistas.

Não obstante, embora o “Tratamento Especial e Diferenciado” não seja capaz, por si apenas, de proporcionar igualdade material no confronto comercial agrícola entre Estados Membros desenvolvidos e Estados Membros em desenvolvimento, a estrutura da OMC, sobretudo a prerrogativa de institucionalização das controvérsias, funciona como veículo sanador da propensão dos Estados economicamente mais fortes de adotar e manter medidas de subvenção proibidas, em prejuízo da justa participação no comércio internacional de Estados com economia mais fragilizada e com menor potencial para subsidiar o seu setor agrícola.

CONCLUSÃO

O “Tratamento Especial e Diferenciado” consubstancia temática de extrema relevância para o sistema multilateral tutelado pela Organização Mundial do Comércio (OMC), sobretudo por conta do seu impacto sobre a justa participação no comércio internacional dos Estados Membros em desenvolvimento.

Com efeito, o sistema, que busca a remoção de todas as barreiras ao livre comércio internacional como pressuposto essencial à realização do pleno desenvolvimento dos Estados Membros, não pode se manter indiferente à constatação de que há diferentes níveis de desenvolvimento entre os Estados que fazem parte da OMC. Por conta disso, O “Tratamento Especial e Diferenciado” estabelece condições mais favoráveis aos Estados em desenvolvimento, para que não sucumbam diante do poderio econômico dos Estados desenvolvidos.

Expressamente previsto em diversas normativas da OMC, o “Tratamento Especial e Diferenciado” tem especial relevância nos acordos que tutelam os subsídios agrícolas no comércio internacional, quais sejam o ASMC e o ASA. As disposições dos referidos acordos flexibilizam os compromissos de redução da concessão de subsídios agrícolas pelos Estados Membros em desenvolvimento, dada a importância de tais subvenções ao setor agrícola de economias mais frágeis.

Embora de grande importância, o “Tratamento Especial e Diferenciado”, previsto do ASMC e no ASA, não é capaz, por si apenas, de garantir a igualdade de oportunidades de concorrência entre os Estados no comércio internacional, dado que os Estados Membros em desenvolvimento

não têm condições econômicas de subsidiar o seu setor agrícola no mesmo patamar que os Estados desenvolvidos.

Não apenas isso: enquanto os Estados em desenvolvimento não têm condições econômicas de ofertar subsídios agrícolas nos percentuais permitidos pelos acordos da OMC, os Estados em desenvolvidos “burlam” as previsões destas normativas e subsidiam o seu setor agrícola por anos, em casos e percentuais proibidos pelo ASMC e pelo ASA, como aconteceu no “Contencioso do Algodão”, que envolveu Brasil e Estados Unidos.

O deslinde deste caso, realizado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, foi capaz de afastar substancialmente a concessão irregular, pelos Estados Unidos, de subsídios agrícolas ao setor algodoeiro, colaborando para a redução das distorções concorrenciais no comércio agrícola internacional, cujos danos atingiam diretamente o comércio de exportação de algodão do Brasil, Membro em desenvolvimento que pôde suportar os custos da disputa e os efeitos da retaliação imposta contra os EUA, até que houvesse acordo mutuamente satisfatório.

Noutra banda, países em desenvolvimento economicamente mais frágeis podem ver as controvérsias se arrastarem por anos, por não disporem de condições financeiras de arcar com os custos da disputa e com os efeitos advindos da imposição de medidas de retaliação autorizadas pelo OSC. Isso se deu no contencioso “CE – Bananas”, em que Equador, Guatemala, Honduras e México, todos Estados Membros em desenvolvimento, optaram pela não implementação de medidas de retaliação contra a Comunidade Europeia.

Assim, de um lado, a análise dos contenciosos aventados revela a importância da atuação do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC na coibição da concessão de subsídios agrícolas em desacordo com os acordos da OMC. Por outro lado, também destaca a fragilidade da própria sistemática do sistema multilateral, diante da possibilidade de inefetividade das decisões implementadas, em razão das disparidades econômicas existentes entre os Estados Membros componentes da OMC, desenvolvidos e em desenvolvimento.

Nesta senda, o “Tratamento Especial e Diferenciado”, por si, não é capaz de equalizar a concorrência comercial internacional no setor agrícola, sobretudo por conta dos diferentes níveis de desenvolvimento existentes entre os diversos Estados Membros da OMC.

Não obstante, desde a fundação da OMC, em 1994, o Órgão de Solução de Controvérsias tem posição de destaque, principalmente porque, a sua sistematização e funcionamento, permitiu que Membros com potencial econômico menos expressivo obtivessem vitórias, no deslinde de disputas contra potências econômicas.

Neste diapasão, a suspensão das atividades do Órgão de Apelação, em 2019, que representou a paralisação do próprio Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, é extremamente gravosa para o sistema comercial multilateral, vez que as disputas estabelecidas não têm mais certeza de resolução, em benefício da manutenção de medidas de subvenção proibidas, adotadas por Estados economicamente mais fortes, em prejuízo da justa participação no comércio internacional de Estados com economia mais fragilizada e com menor potencial para ofertar subsídios ao setor agrícola.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias da OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Renata Vargas. **Retaliação cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/100664>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BARRAL, Welber Oliveira. **O comércio internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARRAL, Welber Oliveira; PRAZERES, Tatiana. Solução de controvérsias. *In*: BARRAL, Welber Oliveira (org.). **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BERGAMASCHI, Joice Duarte Gonçalves. **O direito ao desenvolvimento e a organização mundial do comércio: uma análise a partir do contencioso das medidas antidumping**. Londrina: Thoth, 2021.

BRASIL. Acordo sobre a implementação do artigo VI do acordo geral sobre tarifas e comércio de 1994. *In*: ATA final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da rodada Uruguai. Marraquexe: Organização Mundial de Comércio, 1994a. Disponível em: www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196685120.doc. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Acordo sobre agricultura. *In*: ATA final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da rodada Uruguai. Marraquexe: Organização Mundial de Comércio, 1994b. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_cvd.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias. *In*: ATA final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da rodada Uruguai. Marraquexe: Organização Mundial de Comércio, 1994c. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_cvd.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. Brasil e EUA assinam memorando que encerra contencioso do algodão. **CAMEX**, Brasília, DF, 1 out. 2013. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/211-brasil-e-eua-assinam-memorando-que-encerra-contencioso-do-algodao>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. Acordo constitutivo da organização mundial de comércio. *In*: ATA final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da rodada Uruguai. Marraquexe: Organização Mundial do Comércio, 1994d. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_cvd.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

COELHO, Carlos Nayro; WERNECK, Patrícia. O acordo agrícola da OMC e a cláusula da paz.

Revista de Política Agrícola, Brasília, DF, ano 13, n. 1, p. 5-16, jan./fev. 2004. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/566/515>. Acesso em: 23 jan. 2023.

D'ÁVILA, André Luiz Bettega. **O direito do comércio internacional no setor agrícola: os subsídios à exportação**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/89277>. Acesso em: 21 jan. 2023.

DANTAS, Adriana. **Subsídios agrícolas: regulação internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GERARDELLO, Camilla Silva. Antidumping na OMC. *In*: GERARDELLO, Camilla Silva. **Medidas antidumping e política doméstica: o caso da citricultura estadunidense**. São Paulo: Editora UNESP; Cultura Acadêmica, 2015. p. 43-84.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Comércio internacional e comunidade sul-americana de nações: o projeto democrático da integração**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fafris, 2007.

HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. **The political economy of the world trading system**. New York: Oxford University, 1995.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LAFER, Celso. **Mudam-se os tempos: diplomacia brasileira - 2001-2002**. Brasília, DF: FUNAG, 2002.

LEMONS, Paulo Roberto. O órgão de apelação da OMC parou: o que acontece, e por que isso importa?. **Cosmopolita**, Campinas, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/o-%C3%B3rg%C3%A3o-de-apela%C3%A7%C3%A3o-da-omc-parou-o-que-acontece-e-por-que-isso-importa>. Acesso em: 3 jan. 2023.

OAS – ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Sice**: dicionário de termos de comércio. Washington, DC: OAS, 2021. Disponível em: http://www.sice.oas.org/dictionary/AG_p.asp. Acesso em: 31 jan. 2023. OEA

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **DS16**: the United States – subsidies on upland cotton case. Genebra: World Trade Organization, 2012. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_jmp_test_e.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **DS267**: United States — subsidies on upland cotton. Genebra: World Trade Organization, 2014. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm. Acesso em: 28 jan. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Acordo geral sobre tarifas e comércio 1994 (GATT/1994)**. Genebra: Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Emprego, 1994. Disponível em: www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196451757.doc. Acesso em: 1 jan. 2023.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. A proteção do meio ambiente na OMC: restrição legítima ao comércio internacional de mercadorias?. *In*: MENEZES, Carlos Alberto; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito**

internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALDANHA, Eduardo. **Desenvolvimento e comércio internacional**: a América Latina e o tratamento especial e diferenciado. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde.../Tese_Eduardo_Saldanha.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

SALDANHA, Eduardo. Desenvolvimento e tratamento especial e diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do stare decisis - parte II. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 297-333, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/5945>. Acesso em: 23 jan. 2023.

SIENA JÚNIOR, Roberto Di. **Comércio internacional e globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Recebido em: 18/02/2023

Aceito em: 24/05/2023

**IDENTIDADE E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL
– UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA
IDENTIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

**IDENTITY AND GLOBAL CONSTITUTIONALISM –
AN ANALYSIS OF THE TRANSNATIONALIZATION
OF CONSTITUTIONAL IDENTITY IN BRAZIL**

Mateus Trinta Bruzaca*
Jayme Benvenuto Lima Junior**

Como citar: BRUZACA, Mateus Trinta; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Identidade e constitucionalismo global – uma análise da transnacionalização da identidade constitucional no brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 162-185, dez. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.162-185. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo investiga a influência do discurso jurídico transnacional na delimitação de uma expressão identitária de matriz jurídico-constitucional. O estudo se baliza, para tanto, em uma concepção pluralista de identidade, partindo da doutrina de Michel Rosenfeld. Isso permitiu aos pesquisadores a formulação de ponderações sobre a influência do discurso jurídico da Corte Interamericana de Direitos Humanos na identidade constitucional dos Estados-membros do Sistema Regional Interamericano. Neste sentido, as propostas dogmáticas de Carl Schmitt e Michel Rosenfeld são revisadas, argumentando-se a inadequação da perspectiva schmittiana ao contexto transnacional. A fim de operacionalizar a pesquisa, o caso brasileiro de transnacionalização de identidade constitucional é avaliado, destacando-se a natureza ideológica das restrições à internalização do discurso jurídico interamericano no contexto nacional. A pesquisa se desenvolveu segundo uma abordagem qualitativa e descritiva, com amparo em método dedutivo e mediante revisão bibliográfica e pesquisa documental. Faz parte do substrato metodológico da pesquisa, ainda, técnica de *concept formation*, dada a ambição dos pesquisadores em apresentar uma nova interpretação do termo identidade constitucional.

Palavras-chave: corte interamericana de direitos humanos; identidade constitucional; discurso jurídico; Michel Rosenfeld.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (CNPq/UFPE). Advogado. E-mail: mateustrintab@gmail.com

**Doutor em Direito pela Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos, certificado pelo CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq. Email: benvenutolima@uol.com.br

Abstract: The article investigates the influence of the transnational legal discourse in the delimitation of an identity expression of legal-constitutional matrix. The study is based, therefore, on a pluralist conception of identity, based on the doctrine of Michel Rosenfeld. This allowed the researchers to formulate reflections on the influence of the legal discourse of the Inter-American Court of Human Rights on the constitutional identity of the Member States of the Inter-American Regional System. In this sense, Carl Schmitt's and Michel Rosenfeld's dogmatics are reviewed, arguing the inadequacy of Schmitt's perspective to the transnational context. To operationalize the research, the Brazilian case of transnationalization of constitutional identity is evaluated, highlighting the ideological nature of the restrictions to the internalization of the inter-American legal discourse in the national context. The research was developed according to a qualitative and descriptive approach, supported by a deductive method and through a bibliographical review and documental research. The concept formation technique is also part of the methodological substrate of the research, given the ambition of the researchers to present a new interpretation of the term constitutional identity.

Keywords: inter-american court of human rights; constitutional identity; legal discourse; Michel Rosenfeld.

INTRODUÇÃO

A identidade se refere a uma construção social que pretende a afirmação da unidade de um dado grupo ou instituição, resultando, pois, de um reconhecimento social mútuo que envolve a formação de um senso de fraternidade e compartilhamento de interesses e memórias (Honneth, 2012, p. 205; Mead, 1934, p. 281). Na modernidade tardia, conquanto, a identidade é transpassada pela alteridade e pelo antagonismo, de modo que a alteridade se torna elemento constitutivo das expressões identitárias. Esta abertura à alteridade é constatada em múltiplas arenas de investigação acadêmica, como nos estudos sobre identidade nacional, onde se percebe o recrudescimento de pautas nacionalistas (Smith, 2005; Thiesse, 2001), nos estudos das Relações Internacionais (Oelsner, 2013), bem como nos estudos etnográficos na Sociologia e Antropologia, (Hall, 2006; Rutherford, 1990).

Ocupa-se a presente pesquisa, contudo, da percepção jurídico-constitucional deste movimento de reconhecimento da alteridade e pluralização do campo identitário. O artigo investiga, portanto, os processos de reconstrução da identidade, analisando a singularização das constituições jurídicas em sua acepção material. O presente artigo propõe, assim, a investigação da “identidade constitucional”, assumindo que o reconhecimento jurídico da alteridade modula as identidades coletivas em sua dimensão jurídico-normativa. Esta identidade se decanta por ocasião da construção do texto constitucional e se perpetua pelo discurso jurídico estabelecido pelos intérpretes constitucionais, de modo a assomar no espaço público deliberativo como um corpo de opiniões de propensão emancipatória e base normativo-axiológica imbuída de hierarquia constitucional na ordem jurídica pátria.

Nesta esteira, o artigo procura evidenciar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) na conformação da identidade constitucional dos Estados-membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH). Por isso, defende-se serem os tribunais internacionais como o Outro da relação identitária que organiza o sujeito constitucional. Para este propósito a pesquisa recorre aos estudos de Michel Rosenfeld (2010), buscando estabelecer uma leitura transnacional da teoria do autor – esteando-se, para tanto, em técnica de *concept formation* (Collier; Mahon, 1993, p. 848; Mair, 2008, p. 196). Analisa-se, ainda, como o discurso jurídico da CtIDH se sedimenta no esquadro constitucional brasileiro, percebendo a natureza estrutural e sociocultural dos obstáculos que restringem a transnacionalização da identidade constitucional da Constituição Federal de 1988.

1 DIREITO, ALTERIDADE E IDENTIDADE – A AFIRMAÇÃO JURÍDICA DA DIFERENÇA

Teóricos da modernidade reflexiva, como Anthony Giddens e Ulrich Beck sustentam que a ordenação das relações sociais em um nível global fez surgir uma comunidade política pós-tradicional. Neste prisma, Giddens (1997, p. 97) aduz que os processos individuais e coletivos

de identificação se tornaram um projeto reflexivo, dispostos a negar e contestar traços que foram herdados ou construídos segundo uma percepção pré-moderna. As identidades seriam, pois, constantemente descobertas, construídas e sustentadas em trocas socioculturais, de modo que a autoidentificação pautar-se-ia na ruptura com as tradições do passado e interlocuções com dotações extraterritoriais de conhecimento.

O que estes teóricos constatam, portanto, é uma fragmentação das identidades coletivas e individuais, induzindo uma crise dos processos de identificação, as quais se tornam provisórias, variáveis e, por vezes, conflitantes. O que a crise identitária da modernidade tardia diagnosticada pelos teóricos deixa assente, portanto, é como as identidades não mais se constituem enquanto elemento social plenamente unificado e intransigível. Na pós-modernidade, as identidades individuais, coletivas e institucionais assomam no cenário das relações sociopolíticas como algo que precisa ser construído e alcançado, mediante lutas que pretendem o reconhecimento das diferenças e a afirmação das singularidades (Hall, 2006).

Declarada, portanto, a decomposição de uma noção de identidade enquanto unidade – ou identidade como *mesmice*, conforme Paul Ricoeur (2019, p. 115) – a alteridade é alçada à condição de elemento fundante das identidades individuais e coletivas. Resulta daí que os novos processos de identificação envolvem o reconhecimento positivo da diferença e a reconstrução constante dos códigos que singularizam o sujeito e as comunidades políticas. Isso envolve assumir que, diante da realidade pós-tradicional, as manifestações identitárias não são herdadas, mas constantemente reconstruídas, de sorte que as tradições são obrigadas a se justificar, e só aquelas que se tornam acessíveis a uma justificação discursiva são capazes de continuar existindo (Giddens, 1997, p. 99-103).

Nisto, merece realce que a tradição é o meio de afirmação da identidade, posto que viabiliza a criação da constância através do tempo e união do passado com o futuro, de forma que as ameaças a integridade das tradições eram frequentemente experimentadas com ameaças à integridade do *self* (Giddens, 1997, p. 100). O projeto reflexivo da modernidade, conquanto, retira os processos identitários do espaço-poder da tradição estabilizadora, induzindo a reordenação constante das identidades coletivas e encerrando à propensão pré-moderna de exclusão do Outro – ou seja, de exclusão daquele que não se via refletido nos ritos e práticas consolidadas na tradição política, jurídica ou econômica da comunidade política (Han, 2019).

Assim, o contributo teórico da modernidade reflexiva aos estudos sociais sobre identidade é, sobremaneira, o proclamar do fim do sujeito pré-moderno, cuja identidade unificada e estável servia ao propósito de definir e replicar espaços de influência e dominação, onde o Outro era colocado como inimigo. O sujeito, a comunidade política e suas organizações e instituições formais, antes dispostas em um esquema rígido, estruturam-se agora segundo a lógica da abertura às múltiplas possibilidades de construção da identidade. A identidade individual ou coletiva, na modernidade tardia, para ser produtiva, nunca pode ser feita com algum objeto estático e imutável. “É um intercâmbio entre o *self* e a estrutura, um processo de transformação” (Rutherford, 1990, p. 14).

Neste prisma, mesmo as respostas institucionais que os processos de identificação coletiva induzem – como a definição de políticas públicas ou a criação de leis – são estimuladas ao reconhecimento da diferença. No âmbito do Direito, esta complexificação dos processos identitários resulta em uma virada paradigmática na base ontológica da ordem constitucional. O direito e a organização política pré-moderna, pautados em “[...] um amálgama normativo indiferente de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam” (Netto, 2004, p. 30), são suplantados por um paradigma constitucional de cognição jurídica aberta à diferença e discursivamente globalizado.

O reconhecimento *jurídico* da diferença passa, pois, a compor a base normativa e sócio-ontológica das constituições nacionais a contar do final do século XX. Orientadas por “contradiscursos crítico-emancipatórios” (Wolkmer, 2015, p. 26) variadas manifestações identitárias e discursivas (pautas feministas, ambientais, movimentos LGBTQIA+, reivindicações de comunidades tradicionais, movimentos separatistas na Europa *e.g.*) que pleiteavam por concretização de ambições sociais e ampliação material de direitos se consolidam no cenário jurídico, mediante juridificação de suas demandas e inclusão de seus agentes na lógica representativa da democracia constitucional.

Ao disporem sobre o papel constitucional do Estado na afirmação da alteridade, recordam Lorenzetto e Kozicki (2012, p. 152) como esta experiência está relacionado com a postura positiva por parte do Estado, ou seja, não basta a garantia das liberdades em sentido negativo, ao Estado também é atribuído o papel de adoção de medidas de ação positiva que visem a emancipação dos sujeitos. O fenômeno jurídico não se trataria, portanto, de mera conclusão de contrato social – ponderam os autores, revisitado o pensamento de Axel Honneth (2015) – mas do reconhecimento de lutas sociopolíticas *a priori* invisibilizadas, estigmatizadas ou rechaçadas pela comunidade política, legitimando a singularidade dessas demandas.

Isto atribui aos instrumentos da revisão e reforma constitucional uma natureza primordial de abertura da arena constitucional a estas expressões identitárias, viabilizando a atribuição de legitimidade jurídica às manifestações discursivas que se consolidam na arena política após os processos de abertura e recrudescimento democrático Pós-II Guerra. O discurso constitucional, neste sentido, posta-se como ferramenta sociojurídica que unifica um conjunto de demandas equivalentes (Laclau, 2011, p. 91), cujo princípio de universalização é a similitude com a qual essas demandas foram minoradas e antagonizadas pelos setores dominantes ou pela tradição jurídica pré-moderna. É diante da percepção do *self* não como entidade essencialista, mas como ator que ocupa diferentes posições, que escreve Slavoj Žižek (2017, p. 265):

[...] podemos dizer que algo parecido com uma posição do sujeito unificado está sendo construída: ser democrata significa ao mesmo tempo ser feminista etc. O que não podemos ignorar, é claro, é que essa unidade é sempre radicalmente contingente, resultado de uma condensação simbólica, e não a expressão de uma necessidade interna de acordo com a qual os interesses de todas as posições supracitadas ‘convergiriam objetivamente’ a longo prazo.

Este sujeito unificado, produto do conjunto de demandas identitárias equivalentes, solicita, no entanto, um espaço de mediação que salvguarde o reconhecimento jurídico da alteridade de estruturas assimétricas e imposições violentas de uma concepção essencialista de identidade. Neste sentido, para Byung-Chul Han (2019, p. 41), a lógica violenta do poder, que propugna a supressão das subjetividades e continuidade do *self*, é mediada pela globalização do Direito, ultrapassando o isolamento estatal. A ordenação multilateral no tratamento dos direitos humanos e a cooperação internacional na solução das problemáticas jurídico-políticas de impacto global engendram, assim, uma transnacionalização da vida política que pode ser compreendida como arena de mediação da relação *self/other*.

Assim, embora a globalização tenha criado espaços fortemente assimétricos, as estruturas transnacionais ainda têm o condão de mediar a relação com a alteridade, pluralizando o espaço-poder do Direito. Esse espaço de mediação é fundamental à dimensão jurídica da identidade coletiva, pois a identidade e a diferença estão em estreita conexão com relações sociopolíticas hierarquizadas, de sorte que o poder de definir a identidade e suprimir a diferença não está dissociado das macroestruturas institucionais. Isto é, os mecanismos e atores sociopolíticos que engendram o reconhecimento jurídico da diferença – tribunais, casas parlamentares, ONGs, procedimentos e costumes constitucionais – não estão isolados das irritações contextuais de matriz política, econômica ou ideológica, na qual o direito opera.

Antes, contudo, de se aprofundar no papel da arena internacional na mediação dos processos de afirmação jurídica da diferença, é preciso estabelecer um conceito definitivo sobre identidade constitucional. O tópico seguinte se ocupa, portanto, de revisitar e avaliar a leitura formulada por Carl Schmitt (2008) e Michel Rosenfeld (2010) a respeito do tema, de modo a alcançar um rigor terminológico ao objeto de pesquisa, mediante uma contraposição crítica destas duas perspectivas teóricas. As distintas abordagens, que se desenvolvem a nível dogmático e jurisprudencial, são analisadas e a percepção pluralista da escola norte-americana é defendida.

2 DEFININDO A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL – DUAS ABORDAGENS SOBRE O TEMA

A assertiva de Del Vecchio (1984, p. 432) de que “[...] o modo segundo o qual está organizado o poder supremo do Estado e regulado seu exercício se chama constituição” não basta para exprimir a realidade complexa do fenômeno constitucional. A constituição, em verdade, congrega, também, um processo de juridicização positiva da sociedade, concretizando no espectro jurídico, a realidade histórico-política. A constituição, antes de ser mero instrumento jurídico, é reflexo da matéria social cambiante (Dantas, 2016, p. 260). Como recorda Sheldon Wolin (1989, p. 9) “[...] uma constituição não constitui apenas uma estrutura de poder e autoridade [...] Ela propõe uma identidade distinta e visualiza uma forma de politicidade para os indivíduos em sua nova capacidade coletiva”.

Compreender a constituição apenas em sua dimensão jurídica é insuficiente, importando considerar a “[...] expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita” (BONAVIDES, 2011, p. 95). Tal percepção sistêmica e política da constituição envolve, sem embargo, uma constante reinterpretação, reforma e mutação do discurso constitucional, a fim de salvaguardar-lhe a condição de reflexo jurídico-normativo da realidade social que a perfaz. É dentro, pois, deste esforço de preservar a reflexividade constitucional, que a noção de identidade assoma no terreno dos estudos constitucionais, postando-se como elemento fundamental para discutir o impacto das evoluções sociais e novas dinâmicas juspolíticas na ordem constitucional dos Estados.

A noção de uma identidade constitucional exsurge *a priori* no contexto da União Europeia, sendo compreendida como uma dimensão jurídica da identidade nacional. Esta abordagem pode ser exemplificada pela leitura do artigo 4.2 do Tratado da União Europeia, o qual garante aos Estados-membros o respeito à identidade nacional que se reflete na estrutura política e constitucional, obstando intervenções externas que violem o núcleo duro de provisões constitucionais que exprimem tal identidade. Esta noção de “identidade constitucional” como retórica holística indissociável da identidade coletiva de um povo, desenvolveu-se especialmente no contexto europeu e foi utilizada, desde o final do século XX, por tribunais constitucionais – como na Alemanha, Itália e Hungria – como argumento jurídico para delimitar e restringir interações entre a esfera supranacional e o direito doméstico (Bon, 2014).

Tal abordagem é observada em julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE), como em *Solange I* (1974), *Outright Monetary Transactions* (2014) e *Lisbon Decision* (2009). No julgado de 2009, por exemplo, ponderou o BVerfGE que apenas o poder constituinte pode dispor sobre alterações constitucionais, de modo que a integração progressiva predisposta pelo Tratado de Lisboa fere as bases da autodeterminação e dos princípios democráticos e atenta contra a identidade constitucional alemã codificada no artigo 7.3 da *German Basic Law* (Alemanha, 2009, p. 179). Argumento similar é utilizado pelo Tribunal Constitucional Italiano nas sentenças 24/2017 e 105/2014, nas quais se determina que as disposições do art. 325 do Tratado de Lisboa só seriam aplicadas em âmbito interno se compatíveis com a identidade constitucional do Estado italiano (Polzin, 2017).

Segundo Pierre Bon (2014, p. 180), a identidade constitucional a princípio não se dissociava da ideia de identidade nacional, tendo como função primordial estabelecer limites à integração jurídica à sociedade supranacional e determinar balizas à revisão e reforma constitucional. Esta percepção de identidade constitucional ao se decantar na atuação judicante de tribunais constitucionais europeus, é instrumentalizada como argumento jurisprudencial retórico e anacrônico, que distancia o conceito da premissa jusfilosófica de reconciliação do fenômeno constitucional às transformações políticas e sociais, garantindo sua reflexividade. O conceito é utilizado, assim, meramente para negar a integração dos Estados europeus ao contexto multicêntrico de proteção aos direitos humanos ou de integração regional, refutando, inclusive, o

Direito Internacional como faceta complementar às provisões do direito doméstico.

Monika Polzin (2016, p. 419) entende que o uso desta noção de identidade constitucional se retroalimenta da idealização schmittiana, de que a democracia solicita, para prosperar, a existência de um “*demos* homogêneo”. Ao escrever sobre os limites da reforma constitucional, Carl Schmitt (2008, p. 150) pondera que o poder constituinte acomoda, quando do *constitution-making*, duas provisões normativas. A principal delas seria aquela representativa da “verdadeira constituição”, logo, de natureza fundamental e irretocável. Esta essência da constituição poderia ser emendada apenas pelo poder constituinte originário, de modo que as emendas à constituição – e, portanto, qualquer processo de reconstrução constitucional – poderiam se estabelecer apenas sob o pressuposto de que a “identidade da constituição” fosse preservada.

Sob este ponto de vista as constituições possuem um núcleo de provisões normativas e axiológicas que não podem ser substituídas ou emendadas de forma ordinária, nem atacadas por manifestações jurídico-discursivas de agentes institucionais não legitimados. Isto se dá, pois a constituição, entende Schmitt (2008, p. 144), trata-se de decisão política que define o destino da nação, cuja validade repousa na vontade popular e cujas reformas e modulações se salvagam no poder soberano que garante a preservação da unidade política estabelecida quando do processo constitucional. O teórico alemão assume, assim, a constituição como uma decisão política fundamental, que define a comunidade política e, portanto, não poderia ser eliminada ou modificada sem a auscultação de seus construtores.

Este núcleo de princípios, valores e previsões normativas essenciais ao corpo jurídico-constitucional seria, naturalmente, resultado da materialização de uma identidade nacional e de heranças culturais inalteráveis canalizadas por forças históricas complexas (Anderson, 2008, p. 10). Há na doutrina de Carl Schmitt, portanto, uma percepção latente de “identidade constitucional” enquanto expressão jurídica da base axiológica e cultural vencedora dos embates políticos que edificaram a unidade do Estado-nação. Logo, a identidade da constituição – sua essência e núcleo irredutível – representaria a totalidade da unidade política considerada e sua particular forma de existência, garantindo a unidade e harmonia que as sociedades modernas solicitam para confirmar sua singularidade (Smith, 2005, Schmitt, 2008).

A constituição, nestes termos, dissocia-se das disposições democráticas de integração política e tolerância à diferença, não sendo associada à propensão emancipadora que as lutas sociais por reconhecimento da diferença requerem. A constituição deveria, assim, expressar as memórias e o desejo de conviver que une os cidadãos de uma nação e os insta a respeitar a herança social legada pelos constituintes originários (i.e., as tradições estabilizadoras). Daí resulta que a identidade constitucional é, nesta provisão teórica, utilizada como conceito jurídico de dimensão política, reconhecendo a constituição como componente normativo nascido do amálgama de abstrações que definem a unidade política. Esta corrente dogmática estabelece, pois, um episteme essencialista de identidade constitucional – isto é, identidade como *mesmice* ou qualidade inalterável que permanece no tempo (Dubar, 2009; Ricoeur, 2019).

A identidade constitucional tratar-se-ia, assim, de núcleo axiológico e normativo definido

por uma parcela da comunidade política, inalterável e permanente, pois a unidade política que harmoniza e equilibra a comunidade depende de um dado conteúdo, de uma dimensão material vinculada aquilo que o povo plasmou na Constituição. Logo, esta noção essencialista de identidade constitucional está vinculada a uma compreensão schmittiana de que o direito existe no contexto de diferenças políticas irreconciliáveis e de uma relação amigo/inimigo (ou, uma relação *self/other*, retomando a gramática ricoeriana) pautada no conflito e na exclusão. Por isso, essa concepção nega a possibilidade de uma unidade (política ou jurídica) de caráter global (Almeida Filho, 2021, p. 71-78).

A identidade constitucional seria, desse modo, espaço jurídico de antagonismo, onde a individualidade vencedora se continua sobre o Outro, com as tradições e costumes do passado constitucional – isto é, aquelas que vencem na arena política – suprimindo qualquer tentativa de alteridade que pretenda se esgueirar para o esquadro constitucional, seja esta alteridade uma construção jurídico-discursiva extraestatal (de grupos vencidos, em situação de vulnerabilidade) ou transnacional (de atores e instituições globais que chamam à mediação do Direito pelo processo transnacional). Nessa esteira, preservar a unidade da identidade constitucional seria um enfrentamento de último nível entre as diferenças que existem entre o *self* e o outro, uma espécie de choque irreconciliável de projetos de civilização, em que se procura a continuidade do *self*, a extensão de seu espaço-poder (Almeida Filho, 2021, p. 61; Han, 2019, p. 59).

Contudo, embora a constituição seja o produto de ideias do passado, que em certa medida solicitam estabilidade e preservação, ao mesmo tempo ela olha para o futuro e está pronta para durar no tempo – não pela imutabilidade, mas pela transformação (D’Aloia, 2011, p. 9). Logo, suscitar a concepção essencialista-schmittiana de identidade constitucional é ignorar o fenômeno constitucional como resultado de um desenvolvimento evolutivo e reflexivo da comunidade política, cuja identidade repousa não na tradição nacional ou em decisão política de constituinte originário, mas nos valores e princípios que consubstanciam a democracia constitucional.

Quando interpretada sob o prisma da teoria de Michel Rosenfeld, a noção de identidade constitucional passa a se associar diretamente à reforma constitucional e ao reconhecimento da alteridade. Assim, a identidade constitucional perde a acepção essencialista, sendo, então, apreendida dogmaticamente como o resultado jurídico de processos contingentes de identificação e reconhecimento. Assume-se, a partir da teoria desenvolvida pelo professor da *Cardozo School of Law – Yeshiva University*, a indispensável adaptabilidade da identidade constitucional à realidade sociopolítica. Esta nova concepção de identidade constitucional, portanto, reconhece a condição inacabada das identidades coletivas, que se (re)formam à medida em que a comunidade política evolui.

O que a identidade constitucional de Rosenfeld (2010) procura é evitar o “hiato constitucional” (Dantas, 2016), ou seja, a descontinuidade lógica entre as manifestações políticas e culturais que ganham relevância na vida de um estado democrático e a realidade da norma constitucional em sua dimensão jurídica positiva e discursiva. Tem-se, pois, que a identidade constitucional surge como um fenômeno complexo, fragmentado e parcial. Na teoria de Rosenfeld

a constituição “[...] possui um plano de fundo histórico [...], mas está aberta para novas produções de conteúdo [...] a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto a maior elaboração e a revisão” (Lorenzetto, 2014, p. 70).

A singularização dogmática da constituição não repousa mais, desta forma, em um espaço normativo privilegiado, que preserva as dotações de expressão jurídico-normativas da identidade nacional. O temor de aniquilação ou eliminação da Constituição por violação de seus caracteres fundantes cede lugar a uma leitura intergeracional da identidade, deixando assente que “[...] para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras” (Rosenfeld, 2008, p. 17).

A identidade do sujeito constitucional denota, portanto, uma identificação coletiva de natureza normativa – não meramente textual ou formal – que emerge dos movimentos hermenêuticos de (res)significação do fenômeno constitucional, validando um processo de inclusão de manifestações identitárias ainda não constitucionalizadas, bem como a exclusão de expressões jurídico-discursivas do passado constitucional. Esta identidade deve ser construída em parte contra a identidade nacional pautada na tradição, demovendo manifestações identitárias que, por se vincularem a concepções jurídicas pré-modernas, afrontam a natureza pluralista do fenômeno constitucional.

A identidade constitucional, desta forma, é forjada mediante procedimento discursivo de assimilação e exclusão das diferentes manifestações identitárias e discursivas que procuram sua conformação ao *corpus* constitucional. Logo, a materialização da identidade constitucional se dá no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelas normas constitucionais, de modo que a identidade é circunscrita ao discurso jurídico-constitucional prolatado pelos intérpretes da constituição. A reconstrução da identidade constitucional, assim, envolve uma mistura de aspirações e compromissos políticos que emergem da deliberação democrática.

A reconstrução da identidade constitucional surge, pois, tanto dos espaços institucionais de construção de significado e reconhecimento de direitos (ou seja, nos tribunais constitucionais, onde as interpretações constitucionais são racionalmente sopesadas), como das arenas públicas de deliberação democrática, assumindo uma sociedade aberta de intérpretes e (re)construtores da identidade constitucional. Este uso da deliberação democrática como espaço de recriação de significados normativos e axiológicos inerentes à identidade constitucional constitui aquilo que Seyla Benhabib (2006, p. 48) classificou de iteração democrática, isto é, atos de interpretação que, por repetição, renovam o sentido da norma em um contexto novo e diferente, aprimorando e transformando significados dentro do discurso constitucional e da deliberação democrática.

Portanto, a identidade constitucional emerge de um processo dialógico dentro das institucionalidades democráticas, representando o amálgama das aspirações políticas hegemônicas. Ela constitui-se, destarte, não apenas como o reflexo jurídico de interesses individuais e paixões políticas, que se decantam no processo de construção constitucional (*constitution-making process*),

mas como a expressão normativa de um pluralismo abrangente, que busca reconciliar diferentes identidades existentes no tecido social, conflitos morais e tensões entre bens da vida em um esquadro político-constitucional unívoco e homogêneo.

Esta reconciliação constitui a essência da abordagem de Rosenfeld, de modo que a formação da identidade se daria por heteroidentificação, isto é, processos através dos quais a comunidade política introjeta uma imagem oferecida de fora. Adota-se, assim, a perspectiva da alteridade – interna ou externa à comunidade política – para construir a singularidade (Safatle, 2020, p. 34). É precisamente no Outro que se encontram similitudes que são cristalizadas no tecido constitucional e divergências que são negadas, haja vista sua inadequação ao espaço simbólico comum que estrutura um regime democrático e, mais que isso, o constitucionalismo global ocidental. Ou seja, a identidade constitucional opera sobre exclusões encaradas em termos políticos, não em termos morais

Desta forma, toda transformação política ou adaptação normativa que acontece em dada comunidade política suscita (re)construções que ampliam ou restringem a identidade da constituição. A matéria constitucional reflete, pois, a realidade sociopolítica e assenta uma contrafactualidade – isto é, uma suplementação normativa do real – que se posta no esquadro jurídico da nação como um “vir a ser”. Esta contrafactualidade evidencia a base desconstrutivista de teoria de Michel Rosenfeld, ao pressupor ser o texto constitucional uma singularidade, “[...] mesmo que [...] sua singularidade seja somente perceptível por meio da possibilidade de sua condição iterável, a possibilidade de que ele possa ser transmitido, e se comunicar para além de qualquer contexto supostamente original” (Wolfrey, 2012, p. 82).

3 A IDENTIDADE INTERAMERICANA DO SUJEITO DE DIREITOS HUMANOS

Não obstante as colaborações que a escola norte-americana estabelece à análise da identidade constitucional, sua natureza estritamente eurocêntrica destaca-se como uma crítica recorrente (Tushnet, 2010, p. 6). Por demais, esses pesquisadores diagnosticaram que a averiguação quanto ao impacto da normativa internacional nesta expressão identitária de feições jurídicas é pouco investigada. Por conseguinte, dada a carência de análises sobre o impacto da normativa internacional na reconstrução da identidade constitucional no contexto latino-americano, este artigo passa agora a perscrutar como o discurso jurídico propalado pelo órgão jurisdicionado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) impacta a identidade constitucional dos Estados.

No sistema jurídico contemporâneo de proteção aos direitos humanos há inevitavelmente a necessidade de solucionar os problemas jurídico-constitucionais segundo uma interlocução entre a *ratio decidendi* de decisões domésticas e as construções normativas de tribunais internacionais. Isso se dá, pois a natureza isomórfica das controvérsias que envolvem os direitos humanos solicita a disposição estatal para o aprendizado recíproco entre as ordens locais, internacionais

e supranacionais. Logo, a garantia e proteção dos direitos humanos na modernidade não ficam restritas à atuação isolada dos Estados, convertendo-se em uma empreitada conjunta de agentes nacionais e órgãos internacionais (Dupuy, 2007).

Essa imbricação entre ordem constitucional pátria e as manifestações discursivas do Direito Internacional contextualiza a identidade constitucional ao enquadramento político e jurídico transnacional. Neste sentido, a implementação das convenções regionais de direitos humanos ao plano constitucional – pondera Rosenfeld (2010, p. 265) – permite a elaboração aprofundada de uma identidade do sujeito dos direitos humanos (*identity of human rights subject*), garantindo a integração necessárias à relação evolutiva entre Direito Constitucional e Internacional. Esta reconciliação do sujeito constitucional a sua contraparte internacional é fundamental à homogeneização da interpretação e aplicação da normativa internacional à nível regional.

A aproximação da ordem jurídico-constitucional do Estado ao *ethos* pluralista consagrado no discurso jurídico internacional – onde, entende Rosenfeld (2010, p. 276), concepções de dignidade, liberdade e igualdade são normativamente fixadas e universalizadas – garante a concretização de um critério jurídico, exequível e legítimo, através do qual processos de convergência e divergência à dogmática dos direitos humanos se estabelecem domesticamente. Assim, escreve o autor:

[...] integrar o *ethos* pluralista na ordem constitucional esculpida pelos Estados-nação facilitará a aceitação de uma maior diversidade, ao fornecer ferramentas eficazes para desafiar o *status quo* constitucional e as limitações estabelecidas na identidade constitucional prevalecente [...] Assim, se exclusões de certos modos de vida se mostram contrárias à uma concepção de dignidade consistente com o *ethos* pluralista então essas exclusões deveriam ser declaradas inconstitucionais (Rosenfeld, 2010, p. 276).

Pode-se assumir, destarte, que à proporção em que os Estados latino-americanos ratificam a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e reconhecem a jurisdição contenciosa da CtIDH, suas institucionalidades democráticas se inserem em um esquadro jurídico que insta a ordem constitucional pátria a ser complementada e modulada pelo discurso jurídico internacional construído pela CtIDH em suas sentenças, opiniões consultivas e medidas provisionais. Isto é, adere-se ao processo de reconstrução da identidade constitucional uma internalização da identidade jurídica que se consolida na expressão discursiva da CtIDH. Neste sentido, Siddharta Legale (2020, p. 195) argumenta que o processo de ascensão normativa da CADH a uma condição de referencial jurídico na América Latina promoveu ações estatais de ablação de normas incompatíveis com os direitos humanos.

A atuação da CtIDH induz o tracejar de diretrizes axiológicas para a pluralização de direitos materiais no contexto constitucional dos Estados-membros do SIDH. Por tanto, propõe-se nessa pesquisa a compreensão de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos” a qual, uma vez internalizada pelos Estados, veicula o reconhecimento jurídico da diferença, pois estimula a proteção de expressões culturais e discursivas invisibilizadas pelo direito doméstico.

Pode-se falar, assim, em transnacionalização da identidade constitucional, posto que os grupos em situação de vulnerabilidade encontram no plano internacional uma instância mediata e subsidiária de proteção dos direitos fundamentais.

À vista disto, ao validar e retroalimentar, por exemplo, lutas sociais e políticas por afirmação de garantias processuais (Villagrán Morales v. Guatemala e Sétimo Garibaldi v. Brasil), direitos indígenas (Comunidade Mayagna awa Tingni v. Nicarágua e Povos indígenas Xucuru v. Brasil) e liberdade de expressão (Olmedo Bustos v. Chile), o discurso interamericano exsurge como um significante vazio, unificando um conjunto de demandas equivalentes (Laclau, 2011). Uma vez internalizada essa identidade interamericana ao esquadro constitucional dos Estados-membros do Sistema Interamericano, garante-se um adequado grau de convergência jurídica entre todos os Estados envolvidos, sem suprimir indevidamente as diferenças de cultura jurídica.

A discussão sobre uma identidade do sujeito dos direitos humanos que se adere à identidade constitucional é produto da internacionalização do fenômeno constitucional, que promove a transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício das organizações comunitárias e de ordens jurídicas regionais, permitindo-lhes a reorientação e a regulação de certas matérias antes restritas aos Estados (Dantas, 2016). O que se pretende é somatizar a proteção e ampliação constitucional de direitos de grupos vulneráveis, como pessoas com deficiência, o militante de direitos humanos, os camponeses, os desaparecidos forçados, as vítimas das ditaduras militares e as comunidades originárias.

Essa propositura argumentativa vai ao encontro do que preleciona Chris Thornhill (2012, p. 397) ao destacar como as interações com tribunais internacionais têm moldado substancialmente processos constitucionais e estruturam políticas públicas. Surge na sociedade global, assevera o teórico, um sistema de constitucionalismo judicial em dois níveis, onde os tribunais internacionais estabelecem normas ou padrões com classificação constitucional efetiva nas divisões nacionais, e os judiciários nacionais aplicam essas normas como restrições positivas à dogmática jurídica pátria. Assim, tanto os tribunais nacionais, quanto os internacionais têm atuado como legisladores constitucionais.

Isto posto, a interlocução do discurso constitucional com dotações de conhecimento jurídico produzidas por atores internacionais tem efeito direto na redefinição da identidade constitucional, sobremaneira ao se recordar que o discurso jurídico internacional tem sido veículo definitivo para a concreção de expectativas jurídico-constitucionais de uma série de grupos sociais. É o caso, por exemplo, das comunidades indígenas ou dos pleitos por consolidação democrática na América Latina, que buscam no projeto transformador capitaneado pela CtIDH, o dinamismo necessário para movimentar – seja por responsabilização ou *shaming* internacional – as omissas institucionalidades democráticas.

Em síntese, o discurso jurídico internacional materializado na jurisprudência CtIDH tem se estruturado como um receptáculo transnacional de lutas por emancipação e reconhecimento, de modo a se constituir como ferramenta jurídica internacional de uma política da diferença. Pode-se assumir, destarte, que à proporção que os Estados latino-americanos ratificam a CADH, a ordem

constitucional pátria é orientada – segundo alavancas procedimentais (ratificação e recepção de um tratado) e materiais (necessária convergência a um compromisso moral e normativo de garantia e promoção dos direitos humanos) – a ser complementada e modulada pelo discurso jurídico interamericano.

Isso valida a propositura teórica da presente pesquisa de “identidades constitucionais transnacionalizadas”, cujo propósito especial é a materialização de noções jurídicas e axiológicas próprias da vivência política e jurídica da América Latina no texto e discurso constitucional dos Estados-membros do SIDH. O que argumentam os pesquisadores é que a internalização do discurso da CtIDH pelos Estados viabiliza a introjeção da gramática dos direitos humanos em sua estrutura político-institucional e normativa, abrindo margem para o controle de convencionalidade construtivo e destrutivo. A adequação da postura institucional e da normativa doméstica ao discurso interamericano pode, ainda, servir de referencial paradigmático mediante o qual se conduz a argumentação na esfera legiferante (criação e nulificação de leis e atos normativos) e judicante (orientando a hermenêutica constitucional).

O conceito que se procura construir – a identidade interamericana do sujeito de direitos humanos – significa, assim, o núcleo duro de percepções jurídicas sustentadas pela CtIDH e é resultado da interpretação evolutiva da CADH, sendo direcionada ao Estados-membros através das sentenças, opiniões consultivas e medidas provisionais. Trata-se, pois, da racionalidade jurídica que se deve aderir à identidade constitucional dos Estados-membros, servindo de catalisador de discussões sobre desenvolvimento constitucional e, conseqüentemente, modeladora das argumentações legislativas e jurisdicionais dos Estados. Exerce, assim, a identidade interamericana função estrutural de validade dos argumentos e práticas estatais, concedendo credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos estatais.

As modulações normativas promovidas pelo discurso interamericano contra leis de autoanistia são exemplo paradigmático de reconstrução da identidade do sujeito constitucional após reconciliação com a identidade interamericana. A comunicação transjudicial dos tribunais constitucionais de Argentina (caso Simón e Mazzeo), Uruguai (caso Nibia Sabalsagaray) e Chile (casos Rol 3215-05 / Rol 559-4), *exempli gratia*, colaboram substancialmente com a ruptura da identidade pré-constitucional autoritária que ainda viceja nos sistemas de justiça latino-americanos, garantindo a evolução do fenômeno constitucional em consistência com a realidade fática da redemocratização.

Como exemplos de reconstrução e transnacionalização da identidade constitucional pode-se citar, ainda: (i) a emenda constitucional no Chile que garantiu liberdade artística, promovida enquanto cumprimento de sentença de Olmedo Bustos v. Chile; (ii) a declaração de inconstitucionalidade das disposições da lei de segurança nacional equatoriana após condenação em Zambrano Velez v. Equador; (iii) a modificação do código penal argentino, após manifestação da CtIDH em Kimel v. Argentina; (v) a revisão judicial promovida pela Corte Constitucional da Colômbia na sentença C-228/02, adotando conceito de reparação de vítimas desenvolvido pela CtIDH; (vi) a tipificação do crime de feminicídio no México, em função de debates instigados pelo

caso Campo Algodoeiro v. México ou (vii) a implementação da audiência de custódia no Brasil, previsão convencional ignorada pelo país e reconhecida apenas após o julgamento da ADPF 347.

Resulta daí que a inclusão da identidade interamericana ao esquadro constitucional – conforme vislumbrado nos exemplos citados – orienta à supressão de identidades pré-constitucionais antagônicas à lógica do pluralismo jurídico e da democracia constitucional. A conformação da identidade interamericana ao sujeito constitucional garante à comunidade política o desenvolvimento de um sistema constitucional que reflete as propostas de pluralização das perspectivas axiológicas de dignidade humana, comprometendo-se com a consolidação de uma estrutura jurídica ciente de suas limitações e disposta a apreender no Outro singularidades e diferenças que lhes são auspiciosas. A construção da noção de identidade interamericana se faz, portanto, como concertação e síntese dos processos nacionais e locais.

Importa destacar, contudo, que a aproximação de múltiplos discursos e identidades ao *corpus* constitucional será gerida por um “projeto de reconstrução constitucional” editado pelo Estado (Rosenfeld, 2010, p. 90). Desta forma, as identidades que se aderem ao sujeito constitucional são selecionadas pelo Estado. Ou seja, é a ordem constitucional que preleciona as expressões identitárias que incluirá ao seu esquadro, bem como aquelas que excluirá. Michel Rosenfeld (2011) em suas exposições se limita, contudo, a advertir sobre o risco de não manter a imaginação contrafactual que erige da reconstrução constitucional no interior das demarcações axiológicas estabelecidos pelo constitucionalismo liberal. Cabe aos intérpretes e críticos do seu trabalho, portanto, deslindar essas restrições, explanando o “projeto de reconstrução constitucional”.

Para se compreender os limites à reconstrução da identidade constitucional, é necessário, *a priori*, recordar o caráter jurídico deste instituto, mas sem descurar que a identidade constitucional denota uma identidade coletiva – e, portanto, permeada por elementos culturais – que emerge da norma constitucional quando de sua interpretação. Logo, eventuais restrições à reconstrução constitucional detêm invariavelmente: (i) uma natureza procedimental, definida pelos limites constitucionais que pretendem a estabilidade constitucional e (ii) e uma dimensão sociocultural, que pode ser sintetizada nas concepções e cosmovisões pré-modernas cristalizadas no tecido social.

Os limites constitucionais, entende-se, dizem respeito às balizas estruturais impostas pela ordem constitucional, de modo a incluir restrições formais definidas pelo constituinte originário. Balizas procedurais (como o quórum mínimo para emendas constitucionais) ou limites materiais que restringem a hermenêutica constitucional, assomam como limites à reconstrução da identidade constitucional, privando a internalização indevida de expressões identitárias. É o caso, por exemplo, de restrições à liberdade de culto de grupos fundamentalistas ou a proibição de publicação de livros com discurso de ódio – *vide Habeas Corpus* n. 82.424/RS, no Supremo Tribunal Federal (STF) – que impedem uma reconstrução de identidade constitucional desviada dos valores inerentes aos direitos fundamentais.

Estes limites formais estabelecem marcos balizadores para a reconstrução, impedindo a exclusão de identidades essenciais ao sujeito constitucional ou a inclusão de dotações de conhecimento inconsistentes com a base pluralista que baliza o constitucionalismo ocidental. Contudo, o material

que será objeto da movimentação jurídico-discursiva que engendra a reconstrução da identidade constitucional é fornecido não pelo procedimento constitucional, mas pela herança sociocultural da comunidade política. Ao se recordar que o processo de reconstrução constitucional é moldado pela troca dinâmica de forças opostas de assimilação e exclusão, pode-se traduzir este segundo nível de limitação como as movimentações culturais hegemônicas que restringem as deliberações democráticas, obstaculizando o avanço de discursos contra-hegemônicos.

Nisto, há de se recordar que o discurso jurídico-constitucional possui uma dimensão ideológica, expressando sempre a compreensão de um grupo acerca da experiência social (Moreira, 2017). Logo, o discurso jurídico, tratar-se de objeto de manipulação e dominação política, estando, pois, suscetível a uma alopoiese do direito, quando “[...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código diferença lícito/ilícito e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se primária e frequentemente com base em um injunções diretas da economia, do poder, das ações familiares, etc.” (Neves, 2018, p. 148). Ou seja, a articulação do discurso jurídico-constitucional se vê controlada por uma elite com capital simbólico, que detém relativo poder para tomar decisões quanto a estilo, forma e tema a serem abordado.

Estas observações deixam transparecer que a (re)construção da identidade constitucional acontece à mercê de escolhas – não apenas formais, mas simbólicas – postas pelas instituições democráticas e por atores políticos, econômicos e sociais com poder de veto, que dispõem de primazia sócio-ontológica capaz de sobrepor seus interesses aos ditames do constitucionalismo. A reconstrução da identidade constitucional, trata-se, então, de um confronto histórico e institucional de significados, fatores sociais e oposições normativas, anota Gianluigi Palombella (2010, p. 663), de modo a envolver a dialética entre a conformação do fenômeno constitucional enquanto um sistema social eficaz na concretização de direitos e sua deturpação em figura retórica do discurso do poder.

Śledzińska-Simon (2015, p. 154), em complemento, pondera que a força com que uma manifestação sociocultural hegemônica suprime a diferença depende substancialmente do contexto político da comunidade e da matéria objeto de deliberação. Avaliar a internalização de expressões discursivas transnacionais requereu, pois, a delimitação, no conjunto de demandas equivalentes que se conformam ao discurso jurídico internacional, um estrato de análise. Tomando o caso interamericano como exemplo, ocorreria que, como a CtIDH tem veiculado a internalização de sistemas de diferença relacionados a uma multiplicidade de grupos em situação de vulnerabilidade, cada um destes sujeitos de direito que pleiteiam, na arena internacional, sua conformação ao *corpus* constitucional, encontra uma complexidade particular de restrição ideológica.

Serão estas variáveis ideológicas e estruturais que estabelecerão em última análise o distanciamento normativo que separa quais identidades são restringidas e quais se emancipam do factual e se cristalizam como norma constitucional (contrafactual). Conquanto, é pela avaliação singularizada e episódica dos momentos históricos de reconstrução/transnacionalização da identidade constitucional de um Estado que se compreenderá em absoluto os óbices reais à internalização da diferença. É o que a pesquisa se propõe a fazer no tópico que se segue.

4 ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO DE TRANSNACIONALIZAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Sem a ambição de conceder respostas conclusivas quanto à transnacionalização da identidade constitucional no Brasil, nesta etapa final este estudo procura sobremaneira suscitar o questionamento sobre a vinculação das institucionalidades democráticas do Brasil a uma percepção essencialista de identidade constitucional. A recusa do país ao reconhecimento de uma identidade constitucional pós-1988 de dimensões pluralistas, disposta a legitimar as lutas por reconhecimento de grupos em situação de vulnerabilidade – especialmente daqueles que procuram no discurso jurídico internacional o veículo para a concreção de suas expectativas – é analisada a partir da prática judicante do órgão de cúpula do Judiciário.

O Brasil, após a transição política, viveu um processo constituinte respaldado por interesses de grupos sociais múltiplos, garantindo a constitucionalização de direitos sociais e relativa fuga ao elitismo de constituições pretéritas. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), desta forma, integraliza o Estado Democrático de Direito ao redefinir o pacto político, reiterando a primazia da dignidade humana e assumindo o pluralismo enquanto possibilidade de manifestações das diferenças. Anível de reforma constitucional, a Emenda nº 45/2004 – simulacro de uma incorporação definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos na rotina constitucional do país – eleva a normatividade dos tratados de direitos humanos, optando, assim, por uma “constitucionalização mediata”, ao autorizar o Congresso a conferir o *status* constitucional para tratados que respeitam o rito das emendas à Constituição (Guerra, 2014).

O STF, por demais, habituou-se, após a renovação institucional em 1988, a estabelecer discussões e interpretações que permeiam uma ótica jurídica de alta densidade moral, relacionada à ampliação dos direitos fundamentais. A pretensão do STF, em tese, foi estabelecer um constitucionalismo engajado com a expansão da efetividade da Constituição de 1988. Desta forma, discussões relacionadas a desenvolvimento constitucional e combate à crise de reflexividade, com referências exaustivas à escola alemã de reforma constitucional, têm orientado a atuação judicante do STF (Barroso, 2015). Nada obstante, apesar da propensão progressista do Judiciário pós-ditadura, o STF tem demonstrado resistência às transformações constitucionais que deveriam advir da inclusão da comunidade política no sistema multinível de proteção aos direitos humanos, ignorando os compromissos formais que o Brasil estipula com a jurisdição interamericana.

Atítulo de exemplo, pode-se destacar que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o STF tratou, entre 2010 e 2020, 13 casos que fazem referência direta ou indireta ao discurso interamericano – são eles: (i) ADPF 144, (ii) ADPF 153, (iii) ADPF 132/ ADI 4277, (iv) ADI 4815, (v) ADI 387, (vi) ADI 4275, (vii) ADI 5617, (viii) ADI 4451, (ix) ADI 5243; (x) ADC 42, (xi) ADC 43, (xii) ADI 4439 e (xiii) ADI 3239. Entretanto, uma análise detida dos casos deixa transparecer o uso meramente imagético e, por vezes, errôneo da jurisprudência interamericana nestes julgados. As citações à jurisprudência da CtIDH atuam como mero *obter dictum* das decisões do STF, não

havendo qualquer interpretação e aplicação substancial, onde o discurso constitucional se constrói em função da *ratio decidendi* internacional.

Por demais, importa destacar que desde que ingressou no SIDH, o Brasil modulou pontualmente sua ordem normativa para adequar-se ao *standard* interamericano, o que comprova relativo avanço na abertura ao processo transnacional e disposição pontual à interamericanização da identidade constitucional. Pode-se citar, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 35/2001 – que modifica o instituto da imunidade parlamentar, modificando o art. 53, da Constituição Federal – e a adoção da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ou, ainda, a criação das Leis n. 9.299/96, do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e da Comissão Nacional da Verdade. A operacionalização das audiências de custódia, após a ADPF 347, também é um exemplo válido.

A CtIDH, neste sentido, tem reconhecido a modulação da normativa interna como garantia de não repetição de violações aos direitos humanos. Entre 1998 e 2017, 96 ordens de reforma legislativa foram emitidas pelo tribunal internacional (Calabria, 2017). Nada obstante, ainda são escassas no Brasil experiências de modulação da normativa interna em função de determinação da CtIDH. Ademais, não houve qualquer regulamentação legislativa quanto ao cumprimento das decisões da CtIDH, de modo que, dentre as 73 medidas de reparação formuladas pela CtIDH ao Brasil, apenas 24% detêm o *status* de cumprimento total e 64% ainda estão pendentes de cumprimento (percentagem abstraída das resoluções de cumprimento de sentença colimados no sítio virtual da Corte Interamericana).

Neste diapasão, a transnacionalização da identidade constitucional fica prejudicada, posto que as transformações operadas na realidade jurídica e política do país pouco induzem reformas significativas no desenho institucional da constituição e na prática dos organismos democráticos. Isso se dá sobremaneira porque o processo de adequação normativa depende da mobilização de atores políticos e requer um custo de transação elevado. Assim, no Poder Legislativo os tratados internacionais, por exemplo, precisam vencer não apenas o rito de emenda à constituição, mas também a eventual oposição de parlamentares antagônicos ao discurso dos direitos humanos. Noutro giro, no Judiciário, o que sobressai como obstáculo é a condição alopoiética do discurso constitucional, que garante construções argumentativas definidas pela irritação externa ao sistema jurídico (Neves, 2018, p. 151).

Confirma-se, desta forma, a hipótese de Śledzińska-Simon (2015) de que o contexto político e a matéria objeto de discussão definem o grau de inclusão da alteridade na identidade constitucional. Isto fica evidente quando se observa que julgados como a ADPF 132 ou a ADPF 347 tratam-se de oportunidades de reconstrução constitucional viabilizadas por variáveis contextuais auspiciosas (ampla discussão na esfera pública e reiteração do pleito na arena jurídica, *e.g.*). Por outro lado, experiências como a ADPF 153 – em que as movimentações socioculturais hegemônicas capitaneadas por grupos de interesse componentes da elite política do país estão em jogo – fornecem um momento severamente menos positivo à reconstrução da identidade constitucional.

A oportunidade de transnacionalização da identidade constitucional na ADPF 153 é demonstrativo cabal de como atuam as restrições ideológicas citadas anteriormente. A opção do STF em ignorar a argumentação esposada pela CtIDH em sua jurisprudência sobre leis de autoanistia, não apenas é consequência do continuísmo autoritário no fenômeno constitucional pátrio, como também da movimentação de atores com poder de veto (*veto players*) às propostas de reforma do discurso constitucional (Meyer, 2021; Bernardi, 2015). Confirma-se, assim, o argumento avançado nos tópicos anteriores de que a ambiência social e bagagem sócio-históricas do *self* coletivo delimitam, no mais das vezes, sua identidade constitucional, de forma que interesses e ideias (das elites, sobretudo) e significados e preconceitos compartilhados pela comunidade orientam substancialmente os rumos da reconstrução constitucional.

Ao que parece, portanto, a adesão do Brasil ao SIDH desempenha função meramente ideológica, pois apresenta à comunidade internacional, normativa e discursivamente, um desenho jurídico-institucional, que serve antes ao propósito de imunizar o sistema político e diminuir os custos sociopolíticos de transação com a arena transnacional. Assim, pode-se falar, revisitando e parafraseando a doutrina de Marcelo Neves (2018, p. 100), em uma convencionalização simbólica no Brasil, haja vista que a concretização normativa das obrigações internacionais firmadas não ocorre em definitivo e não encontram ressonância na prática dos órgãos estatais. Não há, em consequência, mudança institucional ou de atuação das organizações democráticas que induzam hipótese de interamericanização da identidade constitucional.

Essa “convencionalização simbólica” no Brasil reforça a ponderação de Harold Koh (1997, p. 2636) quanto à ideia de que o respeito e vinculação à comunidade internacional contemporaneamente deflui menos do medo de sanções e mais de um interesse em ganhar reputação na arena internacional. Em outras palavras, a vinculação formal aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos constitui mera demonstração de boa-fé e disposição estatal de subvenção às obrigações internacionais, garantindo aos Estados livre circulação e negociação – inclusive econômica – na arena internacional. O compromisso moral de concretização das expectativas jurídico-normativas entronizadas nos tratados restam, conquanto, relegadas a casos pontuais (Alves, 2003; Koh, 1997).

Logo, como na constitucionalização simbólica diagnosticada por Neves (2018), a problemática diagnosticada nesta pesquisa repousa no plano da concretização das expectativas jurídico-normativas cristalizadas no texto da Convenção Americana e na jurisprudência da CtIDH. Embora o fenômeno constitucional albergue uma previsão de transnacionalização da identidade constitucional – com os art. 5º, §§ 2º e 3º e art. 7º, inciso II, dos ADCT reafirmando a relevância constitucional da norma global de proteção aos direitos humanos – a prática política e o contexto social não favorecem sua efetivação. A realidade social do país impacta, assim, a realização do texto programático da Constituição, interrompendo compromissos constitucionais firmados pelo Estado.

A postura do STF na interação com a jurisprudência da CtIDH e o descompromisso do Estado no cumprimento de suas obrigações internacionais – seja por cumprimento de sentença ou

modulação proativa do ordenamento jurídico – deixam assente como o Brasil réplica a noção pré-moderna de identidade constitucional, protegendo a supremacia da constituição sob auspícios de uma percepção monista. Isto permite sustentar que a identidade constitucional no Brasil, embora pareça transnacional – haja vista a Emenda Constitucional nº 45/2004, as interlocuções episódicas do STF com a CtIDH e algumas modulações constitucionais mediante assimilação do discurso interamericano – em verdade não internalizou a identidade interamericana.

CONCLUSÃO

Ao fim da pesquisa, observou-se que o projeto de reconstrução de identidade constitucional de cada país – embora esteja relacionado ao consenso democrático formulado nos espaços deliberativos de (re)interpretação da constituição – sofre ampla influência da disjunção entre atores habilitados à construção constitucional e os detentores de poder político. Em paralelo, variáveis contextuais exógenas ao direito são decisivas na opção dos tribunais em conduzir uma reconstrução de identidade constitucional mediada por uma aproximação com o discurso internacional de proteção aos direitos humanos. Assim, cada tentativa de reconstruir a identidade constitucional constitui experiência única, passível de sofrer influências de natureza estrutural, sociocultural ou política.

Quanto ao Brasil, a interação com a identidade interamericana é episódica, restringindo-se a experiências pontuais, nas quais o contexto político do país viabilizou uma interlocução com Corte ou Comissão Interamericana – é o caso da adoção da Lei n. 11.340/2006 ou as movimentações por efetivação do direito à verdade, com a criação da Comissão Nacional da Verdade. Em sua maioria, no entanto, a internalização da identidade interamericana do sujeito dos direitos humanos pelo Estado brasileiro não ocorre. Insere-se o *self* constitucional, no caso brasileiro, num espaço-poder não mediado de construção identitário, onde o Outro que se materializa no discurso interamericano é assumido como diferença irreconciliável. Resulta daí que o diálogo institucional com os órgãos do SIDH é lido segundo uma métrica conflitiva, de continuação do *self* constitucional sobre a alteridade interamericana.

Resta então registrar, a título de síntese do pensamento, que a reconstrução da identidade constitucional se atesta como uma confrontação política, pautada na reconciliação de diferenças e modulação de interesses sociais e políticos divergentes. A reconstrução de uma identidade constitucional, trata-se, em última análise, de conceder uma forma jurídico-constitucional à interação política na ordem plural e transnacional da pós-modernidade. O mérito desta concepção de identidade constitucional é, contudo, sua condição inacabada, que se articula pouco a pouco pela introjeção gradativa das identidades que, na disposição para reafirmar constantemente suas lutas por reconhecimento e ampliação material de direitos, superam os movimentos repressivos de um passado pré-moderno essencialista.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht (BverfGE)** 123, 267. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html. Acesso em: 02.nov.2021
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. São Paulo: Editora Vozes, 2021.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003. 199 p.
- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. esp., p. 23-50, 2015.
- BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolism**. Nova York: Oxford University Press, 2006.
- BERNARDI, Bruno Boti. **O sistema Interamericano de direitos humanos e a justiça de transição: impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru**. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- BON, P. La identidad nacional o constitucional: una nueva noción jurídica. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 100, p. 167-188, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.
- CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.
- COLLIER, David; MAHON, James E. Conceptual “Stretching” Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis. **American Political Science Review**, Baltimore, v. 87, n. 4, p. 845–55, 1993.
- D’ALLOIA, Antonio. Prefazione. In: BERTINETTI, L.; CABASSI, C.; CABRINI, S. **Fare gli italiani: l’identità nazionale e la costituzione**, Parma: Edicta Edizioni, 2011. p. 9-13.
- DANTAS, Ivo. **Teoria do estado contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1984
- DUBAR, Claude. **A crise das identidades: a interpretação de uma mutação**. São Paulo: Edusp, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. The unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges. **European Journal of Legal Studies**, Florença, v. 1, n. 2, 2007.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott (org.). **Modernidade reflexiva**. São Paulo: Ed Unesp, 1997. p. 74-133.

- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem Internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006
- HAN, Byung-Chul. **O que é o poder?** São Paulo: Ed. Vozes, 2019.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2015.
- HONNETH, Axel. **The I in we: studies in the theory of recognition**. Malden: Polity Press, 2012.
- KOH, Harold H. Why do nations obey international law? **Yale law Journal**, Yale, v. 106, p. 2599-2659, 1997.
- LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.
- LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de direitos humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020.
- LORENZETTO, Bruno; KOZICKI, Katya. Direito e diferença: considerações constitucionais sobre o direito e a identidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 144-153, 2012.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. **Caminhos do constitucionalismo à democracia**. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- MAIR, Peter. Concepts and concept formation. In: PORTA, Donatella Della; KEATING, Michael (ed.). **Approaches and methodologies in the social sciences: a pluralist perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 177-196.
- MEAD, George Herbert. **Mind, self and society**. Chicago: The University of Chicago Press, 1934.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. New York: Hart Publishing, 2021.
- MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 830-868, 2017.
- NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni (coord.). **Hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.
- NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF, 2018.

OELSNER, Andrea. The Institutional Identity of Regional Organizations or Mercosur's Identity Crisis. **International Studies Quarterly**, Beverly Hills, v. 57, p. 115–127, 2013.

PALOMBELLA, Gianluigi. Structures and process in the constitutional self: coping with the future? **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 8, n. 3, p. 656-664, 2010.

POLZIN, Monika. Constitutional Identity as a constructed and a restless soul. **German Law Journal**, Cambridge, v. 18, n. 7, p. 1595-1616, 2017.

RICOUER, Paul. **O si-mesmo como outro**. São Paulo: Ed. WMF, 2019.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture and community**. Routledge: Taylor & Francis Group, 2010.

RUTHERFORD, Jonathan (org.). **Identity: community, culture, difference**. London: Lawrence & Wishart, 1990.

SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Ed. Autêntica, 2020.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. **Constitutional identity in 3D: a model of individual, relational, and collective self and its application in Poland**. New York : Oxford University Press, 2015.

SMITH, Anthony. **National identity**. New York: Penguin Book, 2005.

THIESSE, Anne-Marie. **La Création des identités nationales**. França: Editions du Seuil, 2001.

THORNHILL, Christopher. National sovereignty and the constitution of transnational law: a sociological approach to a classical antinomy. **Transnational Legal Theory**, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 394-460, 2012.

TUSHNET, Mark. How do constitutions constitute constitutional identity? **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 8, n. 3, p. 674, 2010.

WOLFREY, Julian. **Compreender Derrida**. São Paulo: Editora Vozes, 2012.

WOLIN, Sheldon. **The presence of the past: essay on the state and the Constitution**. London: The Johns Hopkins University Press, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Ed Saraiva, 2015.

ZIZEK, Slavoj. Além da análise do discurso. In: ZIZEK, S. **Interrogando o Real**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 263-275.

Recebido em: 17/12/2021

Aceito em: 11/04/2023

O VOTO OBRIGATÓRIO NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E COMPARADA

THE MANDATORY VOTE IN BRAZIL: CRITICAL AND COMPARATIVE ANALYSIS

Giovani Silva Corralo*
Liliane de Oliveira Camargo**

Como citar: CORRALO, Giovani Silva; CAMARGO, Liliane de Oliveira. O voto obrigatório no Brasil: análise crítica e comparada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 3, p. 186-202, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.186-202. ISSN: 1980-511X

*Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Advogado. Professor da graduação e Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor convidado dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto. Coordenador do projeto de pesquisa “Relações de poder e o poder municipal no Estado brasileiro”. E-mail: gcorralo@upf.br

**Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PIBIC/UPF. Integrante do projeto de pesquisa “Relações de poder e o poder municipal no Estado brasileiro”. E-mail: 190308@upf.br

Resumo: A presente pesquisa analisa o voto obrigatório no Brasil diante das transformações da sociedade contemporânea. Para tanto, discorre-se sobre a evolução do conceito de liberdade, da Antiguidade à Modernidade. Na sequência, analisam-se os 22 países que possuem as democracias mais consolidadas – países ininterruptamente desde a metade do séc. XX até os tempos atuais. Por fim, faz-se uma análise crítica do voto obrigatório no Brasil. Utiliza-se o método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se pela necessidade de o Brasil adotar o voto facultativo, via alteração à Constituição Federal de 1988, muito mais adequado ao conceito de liberdade nos tempos atuais, bem como à democracia na contemporaneidade.

Palavras-chaves: democracia; liberdade; voto obrigatório.

Abstract: This research analyzes mandatory voting in Brazil in light of the transformations in contemporary society. Therefore, it discusses the evolution of the concept of freedom, from antiquity to modernity. Next, the 22 countries that have the most consolidated democracies are analyzed – countries that have been continuously since the mid-20th century. XX to the present time. Finally, there is a critical analysis of mandatory voting in Brazil. The deductive method and bibliographical and documentary research are used. It is concluded that the need for Brazil to adopt the optional vote, via amendment to the Constitution, much more suited to the concept of freedom in current times, as well as to democracy in contemporaneity

Keywords: democracy; freedom; mandatory vote.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o voto obrigatório no Brasil, expressamente previsto no art. 14 da Constituição Federal de 1988. Se trata de uma obrigação que, se não for cumprida pelo cidadão, acarreta sanções e restrições. Perscruta-se a adequação do voto obrigatório diante das transformações na sociedade contemporânea.

Para tanto, analisa-se o conceito de liberdade, essencial para o desenvolvimento do tema, que se transmuta significativamente da Antiguidade para a Modernidade. Na sequência, é analisada a evolução da democracia e as 22 democracias mais consolidadas – os países que se mantém democráticos ininterruptamente desde meados do séc. XX –, especialmente em relação ao voto obrigatório. Por fim, os tempos atuais, talvez Pós-Moderno, permite compreender uma radicalização ainda maior da liberdade e individualidade da pessoa humana, fator também relevante para o estudo, bem como a necessidade de se atentar à qualidade da democracia em si. Utiliza-se o método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa dialoga com importantes categorias do Direito e da Ciência Política a fim de analisar criticamente o voto obrigatório no Brasil. As últimas eleições mostram percentual aproximado de 30% de abstenções, voto branco e voto nulo, o que por si já diz muito. Será que a obrigatoriedade do voto qualifica a democracia? O voto obrigatório é adequado aos tempos atuais?

Essas são as questões analisadas criticamente. Busca-se auxiliar no aprimoramento da democracia brasileira, notoriamente reconhecida como uma democracia de baixa intensidade. É o que se propõe.

1 A NOÇÃO DE LIBERDADE: DA ANTIGUIDADE À MODERNIDADE

Discorrer sobre o voto facultativo requer uma reflexão sobre o direito à liberdade, haja vista que se trata de uma liberdade do cidadão poder tomar uma decisão a respeito do voto.

O conceito de liberdade passou por uma considerável mudança. De uma liberdade voltada à coletividade – liberdade dos antigos – para uma liberdade centrada na individualidade – liberdade dos modernos. Analisar a liberdade na Antiguidade tendo como molde a Cidade-Estado de Atenas é o mesmo que analisar um corpo social consolidado em um patriotismo e em um ideal de liberdade voltado à coletividade, onde os indivíduos participavam diretamente das decisões políticas da *pólis* (Constant, 2019, p. 30-31; Finley, 1988, p. 37). É importante observar que essa liberdade dos antigos advinha de uma sujeição total à autoridade da sociedade (Constant, 2019, p. 31). Não se tem o poder da escolha individual. Tal fato explica o Discurso Fúnebre de Péricles, ao pronunciar que todo homem não voltado às atividades públicas na antiguidade era um inútil (Tucídes, 2001, p. 110). Aproxima-se da máxima rousseauiana “ser livre, mas se encontrar sob ferros” da autodeterminação coletiva (Rousseau, 2002, p. 5).

Em sentido similar, o conceito de liberdade para Hobbes é compreendido como ausência de

oposição, de uma força externa. Essa liberdade é acompanhada de uma limitação, consubstanciada nas leis do soberano. Somente nessa condição que os súditos obteriam o direito de exercer a liberdade (Hobbes, 1974, p. 120-124). Neste cenário, a comparação das ideias de Rousseau e de Hobbes, ambos contratualistas, é inevitável, resultando em uma expressiva dicotomia da liberdade:

Aparentemente, el contrato que, según Rousseau, funda el Estado, tiene puramente un carácter social; mas si se observa con alguna atención, se advierte que pasa en él como en Hobbes, esto es, que va acompañado el contrato social de un contrato de sujeción, ya que el individuo tiene dos cualidades en el contrato: de un lado, es ciudadano y partícipe de la voluntad general; de otro, es súbdito, y, por tanto, está sometido a esta voluntad (Jellinek, 2000, p. 219)¹.

Segundo David Held (1987, p. 17) essa subordinação da vida privada ao público, na democracia ateniense, tem conotação de “virtude cívica”. Contudo, fato é que a liberdade dos antigos era desprovida de toda e qualquer garantia de direitos privados, pois absurdamente repleta de objetivos comuns para a coletividade. Não é sem razão que Condorcet (Cahen, 1914, p.590) afirma que a negação da liberdade individual “[...] appelle libre un homme qui n’est soumis dans aucume de ses actions privées à la volonté arbitraire d’un individu [...]”², foi um dos erros da Antiguidade.

Em contraposição, foi utilizada como princípio fundamental na Modernidade a forte autonomia do indivíduo em sua vida privada – a liberdade dos modernos (Constant, 2019, p. 37-38; Mendes; Branco, 2020, p. 266). Se constitui em dever de o Estado garantir o exercício da liberdade individual de todos os cidadãos (Bobbio, 2000a, p. 8). Esse modelo de liberdade envolve o direito de ir e vir, a liberdade religiosa, o direito de livre expressão, entre outros. No entanto, entre todos os direitos que a liberdade dos modernos prega, o direito à escolha é o cerne.

Segundo René Descartes (2008, p. 42) a liberdade se encontra no poder de escolha e de deliberar racionalmente sobre determinadas questões, sem influências externas. Tal consideração encontra proximidade com o pensamento de Sócrates e Kant quanto à liberdade vinculada às escolhas racionais do indivíduo e na não dominação do indivíduo por fatores externos (Kant, 2000, p. 96; Reale; Antiseri, 1990, p. 91). Platão, mesmo um idealista, também afirma que a escolha é o caminho para a verdadeira liberdade (Vaz, 2012, p. 107).

Immanuel Kant, liberal que auxilia a forjar filosoficamente a Modernidade, afirma que “[...] o fim ultimo do direito é a liberdade [...] A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade [...]” (Kant, 2000, p. 117). Para Paulo Bonavides (2007, p. 146) a expressão máxima da própria personalidade é a libertação do “cativeiro da personalidade” que existia nos períodos antigos.

1 “Aparentemente, o contrato que, segundo Rousseau, funda o Estado, tem um caráter puramente social; mas se for observado com alguma atenção, percebe-se que isso acontece nele como em Hobbes, isto é, que o contrato social é acompanhado de um contrato de sujeição, uma vez que o indivíduo possui duas qualidades no contrato: por um lado, é cidadão e participante da vontade geral; de outro, ele é um sujeito e, portanto, está sujeito a essa vontade” (Jellinek, 2000, p. 219).

2 “[...] é chamado de livre um homem que não está sujeito em nenhuma de suas ações privadas à vontade arbitrária de um indivíduo [...]” (tradução nossa).

Segundo Isaiah Berlin há a liberdade positiva e a liberdade negativa. A liberdade positiva é caracterizada pela autodeterminação e pelos meios que possibilitem a autodeterminação individual ou coletiva, interligada com a realização do que é ditado pela razão. A liberdade negativa é caracterizada pela ausência de obstáculos à escolha e ação desses indivíduos (Barros, 2020, p. 11-20).

O ato de escolher está inteiramente ligado à individualidade de cada pessoa. De acordo com Bobbio (2000a, p. 16) “sem individualismo não há liberalismo”. A mudança do conceito de liberdade influenciou diretamente na formação do Estado de Direito, forjado inicialmente como Estado Liberal, com a primazia da garantia dos direitos individuais (Streck; Moraes, 2014, p. 72-73). É nesse cenário que surgem os chamados direitos fundamentais de primeira geração, no qual se encontra a liberdade, protegidos pelos mecanismos constitucionais. Por consequência, ocorre o encontro entre o liberalismo e a democracia, a requerer, para o bom funcionamento desta, o reconhecimento dos direitos invioláveis dos indivíduos. Para Norberto Bobbio um exemplo de interligação entre o liberalismo e a democracia é o voto do cidadão, no qual ocorre a exteriorização de todas as liberdades que constituem o Estado Liberal, e, conseqüentemente, a efetividade da democracia (Bobbio, 2000a, p. 44).

Percebe-se que toda a mudança do conceito de liberdade, da Antiguidade à Modernidade, também reflete na mudança da própria democracia. A democracia dos antigos é caracterizada pela *pólis*, do qual se extrai o modelo de Atenas, uma democracia direta, diferente da democracia dos modernos, de caráter representativo (Coulanges, 2019, p. 236-240; Dahl, 2001, p. 61; Finley, 1988, p. 37). Em poucas palavras, o que conceitua a democracia representativa é o direito do cidadão eleger seus representantes por meio do voto. É nesse contexto que se reflete sobre o direito ao voto e a sua obrigatoriedade, considerando que o voto é uma forma de expressão individual de cada cidadão.

Atualmente, há 22 Estados democráticos, sem interrupção, desde a década de cinquenta, as democracias mais consolidadas, o que é devidamente analisado na sequência.

2 DEMOCRACIA, LIBERDADE E O DIREITO AO VOTO NAS 22 DEMOCRACIAS MAIS CONSOLIDADAS

O objetivo central deste estudo é refletir sobre a obrigatoriedade do voto no Brasil, para o qual se requer a análise da democracia em diversos países. É preciso compreender a democracia diante das transformações histórico-filosóficas da liberdade e, também, avaliar o direito ao voto nas 22 democracias mais consolidadas no mundo – aquelas que desde a década de 50 do séc. XX se mantém ininterruptamente.

Primeiramente, falar em democracia remete diretamente à Grécia Antiga, à *pólis* grega, em especial ao modelo ateniense, com um senso de comunidade fortemente presente, sob o manto da religião (Finley, 1988, p. 41). A liberdade somente era possível na *pólis*. Os cidadãos participavam

das decisões políticas e julgavam diversos casos, o que afirma o surgimento da democracia direta e da política (Finley, 1988, p. 37, 40). Ocorreu um momento de transição com a constituição de um novo homem, em que o mítico e o religioso é substituído pelo debate, a arte da palavra, o *logos*.

Dessa forma, o espaço político da *pólis* ocorria em uma Assembleia (Dahl, 2001, p. 22), um espaço público – Ágora. Neste local era efetivado o uso da palavra com o debate dos assuntos que envolviam a *pólis* – assuntos coletivos de fins públicos (Mumford, 2012, p. 254-255). Percebe-se que o poder do *demos* constituído em um corpo coletivo está diretamente ligado com a imagem da assembleia (Bobbio, 2000b, p. 377), que envolvia assuntos de caráter legislativo, executivo e judiciais (Constant, 2019, p. 31).

No entanto, não eram todos que estavam permitidos a participar deste espaço político. Somente quem era considerado cidadão na época, a excluir os escravos, os estrangeiros, as mulheres e as crianças – considerados políticos incompletos (Aristóteles, 2020, p. 69-70; Finley, 1988, p. 67; Held, 1987, p. 38-39). A participação demandava tempo, logo, todo aquele homem que não tivesse tempo livre para a dedicação aos assuntos administrativos da coisa pública não era considerado cidadão (Reale; Antiseri, 1990, p. 208). A democracia grega foi constituída por cidadãos que eram “uma minoria dominante”, aproximadamente um a cada sete atenienses (Mumford, 2012, p. 261-262), o que não desmerece os consideráveis avanços para o mundo da política e da civilização, como é a isonomia (igualdade), a isotimia (livre acesso ao exercício das funções públicas) e a isogoria (uso da palavra na assembleia) (Tucídes, 2001, p. 109-111).

De acordo com Norberto Bobbio (2000b, p. 373) “as palavras modificam-se muito mais rapidamente do que as coisas, embora a mudança das palavras leve a crer que as coisas também tenham mudado.” Se antes, para os antigos, a democracia era direta e a liberdade era fazer parte de uma coletividade, para os modernos a democracia é representativa e a liberdade é centrada na individualidade. As instituições modernas estão firmadas nas concepções individualistas. Não é sem razão que as Declarações dos Direitos do Homem e dos Cidadão aparecem como pilares das democracias modernas (Bobbio, 2000b, p. 380).

As divergências da democracia moderna comparada à antiga não findam somente no aspecto da representação. A participação dos cidadãos ao escolher seu representante por meio do voto nas eleições, dando a este o poder de decidir, é a diferença do cidadão moderno do cidadão antigo. Compreender a democracia moderna é compreender um governo representativo, mas também um Estado que respeita e garante os direitos individuais de cada cidadão, em especial a liberdade. É o conhecido fenômeno da democracia liberal.

A concepção individualista moderna rompeu com aquela ideia de liberdade enquanto membro de um órgão coletivo, ou seja, um rompimento que Hannah Arendt (Arendt, 2020, p. 86-87) chama de liberdade como mero conceito político na antiguidade. Logo, as questões públicas, políticas, devem respeitar a individualidade de cada cidadão, observando e considerando os interesses privados, pois trata-se da manifestação da personalidade, da autonomia e da escolha de cada pessoa. Segundo Robert Dahl (2001, p. 64) dar ênfase à liberdade pessoal é permitir que as demais liberdades sejam efetivadas.

O modelo liberal se conjuga com o Estado de Direito. Os ideais liberais e da democracia moderna se interpenetram (Streck; Morais, 2014, p. 77). Em resumo, a democracia moderna diverge em três principais características da democracia antiga: concepção individualista, constitucionalismo e representação. A igualdade política está presente em ambos (Bonavides, 2009, p. 293).

E o voto, analisado criticamente, engloba todas essas características. Os direitos políticos são complemento dos direitos de liberdade e dos direitos civis. Atualmente há 22 Estados democráticos consolidados desde a década de cinquenta do século passado, com democracias ininterruptas: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido, Suécia e Suíça (Dahl, 2001, p.135). Esses países, paradigmas, são analisados tendo em vista a obrigatoriedade ou facultatividade do voto.

A Noruega – classificada em primeiro lugar no ranking de democracia da *Economist Intelligence Unit's Index* – adota o voto facultativo (Ace Project, [2021]). A Lei de Representação do Povo de 2002 e a Constituição do Reino da Noruega abordam e reforçam o voto como um direito (Norway, 1969). A Noruega apresenta eleições livres e justas e não é sem razão que sequencialmente desde 2017 a 2021, nas pesquisas realizadas pelo *Freedom House*, é considerada um dos países mais livres e democráticos.

A mesma situação ocorre na Islândia – país que se encontra em segundo lugar no ranking da *Economist Intelligence Unit's Index* de 2019 – e Suécia – terceiro lugar no ranking *Index* 2019. Expresso no art. 33 da sua constituição, a Islândia aborda que todo cidadão islandês ao completar 18 anos possui o direito de votar – não é obrigatório (ICELAND, 1944). A Suécia alcançou pontuação máxima de liberdade global na *Freedom House* e adota o voto facultativo. A Constituição da Suécia é regida por quatro leis fundamentais: o Instrumento de Governo (IG), o Ato de Sucessão (AS), a Liberdade de Imprensa (FPA) e a Lei Fundamental sobre a Liberdade de Expressão (FLFE). No Instrumento de Governo (IG) – Constituição da Suécia – sobre a formação e composição do *Riksdag* (Parlamento Suéco), no art. 4º é abordado o direito ao voto: “every Swedish citizen who is currently domiciled within the Realm or who has ever been domiciled within the Realm, and who has reached the age of eighteen, is entitled to vote in an election to the Riksdag” (Sweden, 2016).³

A Nova Zelândia adota o voto facultativo, sendo que no art. 82 da Lei Eleitoral de 1993, por mais que exija a obrigatoriedade de todos os eleitores se registrarem na Lista Eleitoral Parlamentar, o voto não é obrigatório (New Zealand, 1993).

Na Finlândia, tanto nas eleições parlamentares nacionais, parlamentares europeias e presidenciais, todo o cidadão tem direito ao voto quando atingido os 18 anos de idade. Observável na Lei Eleitoral 714/1998, seção 2, e na Constituição da Finlândia, seção 14, que o voto não é obrigatório (Finland, 1998, 2000).

Na Irlanda, a facultatividade do voto reside nos art.12 e art.16 da Constituição (Ireland,

³ “Todo cidadão sueco que atualmente está domiciliado no Reino ou quem já foi domiciliado dentro do Reino, e que alcançou com a idade de dezoito anos, tem direito a votar em uma eleição para o Riksdag” (TN).

1937). A Dinamarca, monarquia constitucional, em sua atual Constituição de 1953, § 29, parágrafo 1º, deixa explícito que qualquer cidadão dinamarquês que atingir os 18 anos de idade, permanentemente domiciliado no Reino, com capacidade absoluta, tem direito de votar nas eleições – opcionalmente (Denmark, 1953).

No Canadá, na Lei das Eleições, toda a pessoa que é cidadã canadense e que no dia da votação tem 18 anos ou mais é qualificada como eleitor. O cidadão pode escolher exercer ou não esse direito. Ou seja, a pessoa tem o direito de ter o seu nome incluído na lista de eleitores, mas não é obrigado a exercer o direito ao voto (Canada, 2000).

A Holanda, no art. 54 da sua Constituição e no art. 1, seção II da Lei Eleitoral, que trata sobre o direito ao voto, abordam que os membros da Câmara dos Representantes dos Estados-Gerais são eleitos por aqueles que são holandeses e que possuam 18 anos ou mais no dia da votação. Trata-se de voto não obrigatório (Netherlands, 1918, 2010).

Quanto à Alemanha, na sua Constituição, art. 38, diz que as eleições devem ser “gerais, diretas, livres e iguais” para as eleições dos membros do Bundestag alemão. (Germany, 1949) e, na Lei Federal das Eleições, seção 13, afirma o exercício do direito ao voto para os que estiverem inscritos no registro eleitoral ou portarem o título de eleitor (Germany, 1993). O Reino Unido, na Representação do Ato Popular de 1983, apresenta as únicas obrigatoriedades no que se refere ao voto: a necessidade de o cidadão ter que estar registrado no registro de eleitores parlamentares para esse círculo eleitoral, e, no registro de eleitores do governo para eleições do governo local, ser capaz e possuir 18 anos ou mais (United Kingdom, 1983). Ou seja, não há obrigatoriedade de exercer o direito ao voto.

Na Áustria, o dever de voto foi abolido em 1992. Antes, o legislador provincial tinha o direito de regular o voto obrigatório nas leis eleitorais provinciais – Estíria, Tirol e Vorarlberg foram as últimas províncias a terem o voto obrigatório (Áustria, [2021]).

A França, no art. L2 de seu Código Eleitoral, aborda o direito ao voto – não obrigatório (France, 1964). Israel, que não possui uma constituição formal, de acordo com a Lei Básica, na seção 6, não há a obrigatoriedade do voto (Israel, 1992). Na Itália, o art. 48 da Constituição define o voto como um dever cívico, não obrigatório (Italy, 1947). A Constituição do Japão, no art. 15, traz o direito inalienável do povo de escolher os seus representantes, considerados serviços da comunidade – o voto não é obrigatório (Japão, 1947). Nos Estados Unidos ninguém será obrigado por lei a votar em qualquer eleição local, estadual ou presidencial – o voto é facultativo (Ace Project, [2021]) e traduz uma tradição na defesa das liberdades individuais, o que inclui o direito de votar ou não votar.

Na Suíça o voto é obrigatório somente no Cantão de Schaffhausen, expresso no art. 9 da Lei Eleitoral de Schaffhausen (Leybold-Johnson, 2014), justificado pelo art. 39 da Constituição Federal da Confederação Suíça, em que aborda a possibilidade de os Cantões proverem exceções (Swiss, 1999). Em razão de ser obrigatório num único cantão – são 26 cantões no total – o país pode ser classificado entre os que possuem o voto facultativo.

Ou seja, das 22 democracias mais consolidadas no mundo, 18 delas adotam o voto

facultativo. Somente quatro delas adotam a obrigatoriedade do voto: Austrália, Bélgica, Costa Rica e Luxemburgo. Todas já apontadas em uma recente pesquisa de setembro de 2021, que buscava a análise dos países que ainda adotam o voto obrigatório, pelo Tribunal Superior Eleitoral (Brasil, 2021).

A votação obrigatória na Austrália é constatada na Lei Eleitoral da Comunidade de 1918, nos sentidos 245 (1) a (5) afirmando que será dever de cada eleitor votar em cada eleição, sob pena de multas (Australian Government, 2021). Na Bélgica consta-se no art. 62 de sua Constituição, explicitamente, a obrigatoriedade do voto (Belgique, 1831). Na Costa Rica (2018) a obrigatoriedade do voto está no art. 93 da Constituição da República da Costa Rica, e, em Luxemburgo, no art. 89 do Código Eleitoral de 2003.

A obrigatoriedade do voto em Luxemburgo reflete em todos cidadãos residentes no país que possuam até 75 anos, sob pena de multa de 100 a 250 euros em caso de abstenção. No entanto, caso o cidadão continue não escolhendo votar por livre e espontânea vontade, por cinco anos consecutivos, a multa passa a variar entre 500 a 1000 euros (Luxembourg, 2003).

Por fim, o Brasil, que se encontra na classificação “democracia falha” do *Index 2019*, 50ª posição, adota o voto obrigatório no art. 14, § 1º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Encontra-se, também, com pontuação de 6,67 em participação política, o que novamente quebra com o paradigma que voto obrigatório é sinônimo de maior participação política. Destarte, é inevitável fugir da ideia de Bobbio que abstenção pode significar exatamente o contrário do que a maioria imagina: a saúde do sistema ou uma benévola indiferença (Bobbio, 2006, p. 70).

3 O VOTO OBRIGATÓRIO E O APRIMORAMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

O voto obrigatório no Brasil ainda é alvo de polêmicas. Remonta, historicamente, da primeira instituição política em território brasileiro: as Câmaras Municipais.

As Câmaras Municipais existem desde os primórdios da colonização. Inicialmente disciplinada pelas Ordenações do Reino – Afonsinas, Manoelinas e Filipinas – e, depois da independência, pela legislação pátria. A Lei de 1º de outubro de 1828, primeiro e mais importante marco legal do Brasil Império sobre as Câmaras Municipais, manteve muitas das regras das ordenações, dentre as quais, não somente a obrigatoriedade do voto para os denominados homens-bons – o sufrágio não era universal –, mas também a obrigação de integrar a Câmara Municipal, se eleito, já que todos podiam votar em todos os que estivessem aptos. Somente na reeleição imediata, nos casos de enfermidade e diante de emprego incompatível com o exercício da função de vereador que o cidadão poderia se escusar ao exercício da vereança, como também diante do impedimento de vínculo parental até o segundo grau, a recair a preferência ao mais votado (Corralo, 2008, p. 13-20).

Nota-se a forte influência da ideia de liberdade forjada na antiguidade, já devidamente estudada, do indivíduo enquanto integrante de um corpo social. Desde o séc. XVIII a Modernidade

buscou operar um rompimento paradigmático ao afirmar a dignidade da pessoa humana e a sua liberdade enquanto ínsita à pessoa, individualmente considerada, a englobar as suas escolhas e possibilidades.

Há mais de 50 anos se discorre sobre um novo rompimento, denominado por alguns de Pós-Modernidade.⁴ Independentemente da denominação, é possível afirmar a existência de superação ou ruptura com as promessas marcantes da Modernidade. A cientificidade calcada em leis e no pressuposto da ordem e da estabilidade se faz presente na Modernidade (Santos, 2000, 60-64). A ordem, a beleza, a limpeza e a segurança também são elementos marcantes (Bauman, 1997, p. 7-11), embaladas por metarrelatos (LYOTARD). O indivíduo detentor de si e da natureza, uma historiografia redentora e uma razão instrumental forjam este período (Maffesoli, 2004, p. 36-40), como também a “história do pensamento como uma iluminação progressiva” (Vattimo, 1996, p. VI).

Os tempos atuais, talvez pós-modernos, implodem com os metarrelatos, a restar apenas fragmentos, em tempos conduzidos pela ciência conjugada com o poder (Lyotard, 1998, p. xv-xvii). Há uma “incapacidade de gerar conceitos” (Bittar, 2009, p. 105). Aliás, há muito que as relações entre o poder e o saber foram desnudadas pela sua relação simbiótica (Foucault, 1998, 1-5). Fenômenos arcaicos ressurgem, como a organização social fragmentada em tribos, incrivelmente impactadas pelos avanços da tecnologia (Maffesoli, 2004, p. 21-24). Talvez se esteja a discorrer sobre o fim da história, que deixa de ser unitária, logo, o fim da historicidade (Vattimo, 1996, p. IX – XI)⁵.

De toda a sorte, o reforço da individualidade é marca presente nesse período de transformação, a radicalizar ainda mais a ideia de liberdade forjada na Modernidade. O indivíduo enquanto senhor das suas escolhas e do seu modo de vida. A liberdade para as escolhas individuais exsurge enquanto valor insindicável, desde que não prejudique terceiros ou a coletividade em si. Tais liberdades também são potencializadas, ao mesmo tempo em que ameaçadas, pela ruptura tecnológica das revoluções da biotecnologia e da informação (Harari, 2018, p. 15-97), impulsionadas pela inteligência artificial e pelo 5G. *Brave new world*, ou nem tanto. O tempo dirá, e muito, a lembrar um considerável otimismo proporcionado pela razão, ciência e humanismo em todas as áreas da vida humana, conforme Steven Pinker (2018).

É nesse contexto de transformações paradigmáticas que se questiona a adequação do voto obrigatório. Por que obrigar o cidadão a fazer uma escolha? Ter o direito de não escolher não deve ser garantido como intrínseco ao direito de escolha?

Importa colacionar algumas matérias recentes sobre o assunto. Fernando Schüler (2020), ao se manifestar favoravelmente ao voto facultativo no Brasil, refere-se à obrigatoriedade do voto

4 Várias e diversas são as referências a apontar para esse cenário de transformações. Além da terminologia pós-moderna, mais amplamente aceita, há os que denominam hipermodernidade (Gilles Lipovetsky), modernidade reflexiva (Ulrich Beck), modernidade líquida (Zygmunt Bauman), modernidade radicalizada (Anthony Giddens), dentre outros (Bittar, 2009, p. 137-140).

5 “A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação” (Bittar, 2009, p. 116).

como o resultado de uma cultura autoritária que tem por pressuposto a incapacidade do brasileiro de fazer boas escolhas: “o voto facultativo, além de nos livrar do cartório, afirma um tipo de valor. O valor da autonomia dos cidadãos”.

Com base na elevadíssima abstenção nas eleições municipais de 2020 – 23,14% no primeiro turno e 29,5% no segundo turno –, eleições que usualmente envolvem mais os cidadãos, não obstante a pandemia Covid-19, o Ministro Roberto Barroso (2020) defendeu o voto facultativo, entretanto, não neste momento, pois tende a estimular as polarizações, já acentuadas. Ao elevadíssimo percentual de abstenções devem ser acrescidos, no primeiro turno, 2,64% de votos branco e 4,7% de voto nulo. Em 483 cidades brasileiras os votos em branco, nulos e abstenções superaram os votos do primeiro colocado para prefeito (Faria, 2020). O percentual próximo de 30% de abstenções, voto branco e voto nulo tem estado presente nas últimas eleições brasileiras, o que por si já é um sinal importante.

Até a sabedoria popular já absorveu a obsolescência do voto obrigatório. Em pesquisa do Instituto Datafolha de dezembro de 2020 um total de 56% dos brasileiros foram contrários ao voto obrigatório e somente 41% favoráveis (Bächtold, 2020).

A busca de maior qualidade na democracia é um dos desafios atuais, o que supera o seu aspecto meramente formal de regras que disciplinam o processo de tomada de decisões coletivas e com a definição de critérios eminentemente procedimentais de participação no processo político (Bobbio, 2000b, p. 425-427; Dahl, 2001, p. 108-118). A elevação qualitativa do processo democrático tem focado nos direitos sociais a fim de garantir mais igualdade e mitigar as grandes desigualdades e os elevados níveis de pobreza que ainda assolam muitos países (Diamond; Morlino, 2004, p. 20-31; Rueschemeyer, 2004, p. 76-88).

A obrigação de votar não auxilia na melhora qualitativa da democracia brasileira. Ao contrário, tende a agravar as mazelas que deturpam o processo eleitoral, pois força quem não tem o interesse de escolher a se dirigir à seção eleitoral em que está cadastrado. Por mais que exista a opção do voto branco ou nulo, não deixa de ser um contrassenso a referida obrigação, que pode ser suprida com a justificativa da ausência. Ir a uma seção sem ter o interesse pode levar a escolhas que não seriam feitas se não houvesse a imposição legal. E isso faz a diferença quando se busca melhorar qualitativamente o processo democrático. Quantidade usualmente não corresponde a qualidade.

Por mais que as sanções aos brasileiros que não exerçam o atual dever de votar não sejam demasiadamente pesadas – multa de baixo valor, não poder receber valores do poder público, vedação de participar em concurso público, não poder fazer passaporte, dentre outras restrições previstas no art. 7º da Lei 7.373/65 (Código Eleitoral) –, as vedações e restrições legais impactam na vida do cidadão que não esteja regular com os seus deveres políticos.

Questiona-se, novamente, a imposição de um comportamento que deve estar na esfera da escolha individual de cada um. Numa perspectiva liberal, com foco na liberdade da pessoa humana, a obrigação de comportamento se justifica quando efetivamente necessário para evitar prejuízos à coletividade ou terceiros, como é o caso da imposição de restrições para quem não se

vacine: “el liberalismo no busca imponerle al individuo uma determinada idea acerca de cómo vivir su vida” (Rallo, 2019, p. 8). A comparação é ainda mais saliente, pois a vacinação sequer é obrigatória – a sua compulsoriedade não é constitucional segundo o STF nas ADI 6586 e 6587 julgadas em 2020. É possível, isso sim, a imposição de restrições aos que não se vacinarem. Já o voto é obrigatório e, por mais que as consequências sejam similares quanto à imposição de restrições e vedações, ainda resiste a obrigatoriedade do voto. A Constituição de 1988 é clara ao manter a obrigatoriedade do alistamento e do voto aos maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos – art. 14, §1º. Enquanto a não vacinação compromete o esforço coletivo para controlar ou erradicar doenças, logo, a trazer inequívocos prejuízos à coletividade, onde repousa o prejuízo para quem não quer votar? Onde a coletividade ou terceiros são prejudicados?

A justificativa da possibilidade de baixa presença nos pleitos eleitorais não se sustenta. Várias democracias consolidadas mostram, em determinados momentos, baixa participação. É o exemplo dos Estados Unidos, que nos séculos XX e XXI tem presenciado uma oscilação entre 60% a 48% de participação nos pleitos bianuais (Sampaio, 2020). Compete ao processo políticos e seus atores motivar para uma maior participação popular.

A liberdade de participar e escolher um candidato numa eleição deve abranger o direito de não escolher. É o mínimo que se requer em sociedades talvez pós-modernas que avançam no tecnológico e disruptivo séc. XXI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O voto obrigatório é uma constante na história brasileira. Está previsto no art. 14, §1º da Constituição Federal de 1988. Reflete a ideia que se tinha da obrigação de todos participarem da vida pública. É o que vigorou durante a colonização lusitana nas ordenações do Reino e que seguiu no período pós-independência, tanto que no Brasil Império havia não somente o dever de votar, mas também de exercer o mandato se escolhido.

Essas disposições, que incorreram do séc. XVI a XX na história brasileira, tem por pressuposto uma concepção de liberdade forjada na Antiguidade e que considera a pessoa enquanto integrante de uma coletividade. Muito diversa da liberdade que se consubstancia na Modernidade, que releva e resguarda o indivíduo em si, na sua singularidade. Tais questões refletem na democracia, pois a democracia dos antigos, tendo-se por base Atenas, era direta, enquanto que a democracia dos modernos é representativa. De um lado, a obrigação de participar por integrar um corpo social; do outro, a liberdade individual que repousa na dignidade humana.

Nos tempos atuais, talvez o que se chame de Pós-Modernidade em construção, a concepção de liberdade se radicaliza ainda mais. Rompem-se com as uniformidades e metarrelatos da Modernidade. Ficam os relatos e dissensos. A segurança, outrora preponderante, cede ainda mais para a liberdade. Relações tribais se consolidam. A disrupção tecnológica está presente a engolfar

a vida humana.

Em tempos de reafirmação de liberdades, como defender o voto obrigatório? Não é sem razão que das 22 democracias ininterruptas desde meados do séc. XX – as mais consolidadas – 18 possuem o voto facultativo: Alemanha, Áustria, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido, Suécia e Suíça. Nesse grupo seletivo persistem com o voto obrigatório Luxemburgo, Austrália, Costa Rica e Bélgica. São países pequenos – territorialmente a exceção é a Austrália - e com diminuta população, a fortalecer vínculos comunitários.

A adoção do voto facultativo é um respeito à liberdade da pessoa humana. Significa respeitar o direito do cidadão de escolher e de não fazer escolha alguma. No Brasil, se o voto não for exercido por quem de direito – a grosso modo entre os 18 e 70 anos de idade –, estará sujeito a sanções e restrições.

Nas últimas eleições brasileiras o percentual de abstenções, voto branco e voto nulo tem ficado próximo a 30%. Pesquisas apontam que a maioria da população brasileira é favorável à facultatividade do voto. Diversos indicadores que medem a democracia brasileira mostram a sua baixa qualidade ou intensidade. Será que o voto obrigatório pode levar a uma melhora da democracia?

A resposta não parece ser positiva. A facultatividade do voto significaria respeito máximo à liberdade individual de escolher e de não fazer escolhas. Não obrigar ao voto pode, isso sim, melhorar a qualidade da democracia, a fazer com que os devidamente interessados em votar façam as suas escolhas. Evitam-se escolhas impensadas de quem não quer votar. A qualificação do processo democrático se dá com a participação, voluntária e espontânea, das pessoas, não de forma compulsória e impositiva.

É nesse contexto que a presente pesquisa conclui pela defesa do voto facultativo e pela necessidade de alteração do art. 14 §1º da Constituição Federal de 1988. É o que a atual concepção de liberdade requer. É o que a democracia contemporânea nos mostra. Por óbvio, não se trata de uma solução para os problemas da democracia pátria, mas de um importante caminho de aperfeiçoamento institucional.

REFERÊNCIAS

ACE PROJECT. **The electoral knowledge network**. United Nations: ACE, [2021]. Disponível em: <http://www.aceproject.org>. Acesso em: 15 set. 2021.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Commonwealth electoral Act 1918: Compilation No. 71. **Federal Register of Legislation**, Canberra, n. 27, 3 Sep. 2021. Disponível em: <https://www>.

legislation.gov.au/Details/C2021C00435. Acesso em: 17 set. 2021.

ÁUSTRIA. **Ergebnisse der drei Volksbegehren**. Viena: Bundesministerium Inneres, [2021]. Disponível em: <http://bmi.gv.at>. Acesso em: 17 set. 2021.

BÄCHTOLD, Felipe. Maioria é contrária ao voto obrigatório no Brasil, aponta Datafolha. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 dez. 2020.

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. **Liberdade política**. São Paulo: Edições 70, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. País iniciou transição para o voto facultativo, que é o ideal. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 dez. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BELGIQUE. **La Constitution Belge**. Bruxelas: Congrès national, 1831. Disponível em: https://www.senate.be/doc/const_fr.html. Acesso em: 8 nov. 2021.

BITTAR, Eduardo C.B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000a.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**, 2000b.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.Constituição\(planalto.gov.br\).html](http://www.Constituição(planalto.gov.br).html). Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições pelo mundo: obrigatoriedade do voto e uso de urnas eletrônicas**. Brasília, DF: TSE, 2022. Disponível em: [http://Eleições pelo Mundo: obrigatoriedade do voto e uso de urnas eletrônicas — Tribunal Superior Eleitoral \(tse.jus.br\).html](http://Eleições pelo Mundo: obrigatoriedade do voto e uso de urnas eletrônicas — Tribunal Superior Eleitoral (tse.jus.br).html). Acesso em: 17 set. 2021.

CAHEN, Léon. Un fragment inédit de Condorcet. *Revue De Métaphysique Et De Morale*, Paris, v. 22, n. 5, p. 581-594, 1914. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40895363>. Acesso em: 8 nov. 2021.

CANADA. **Elections act**. Ottawa: Justice Laws, 2000. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-2.01/>. Acesso em: 8 nov. 2021.

- CONSTANT, Benjamim. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019.
- CORRALO, Giovani da Silva. **O Poder Legislativo Municipal**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COSTA RICA. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. San Jose: Siteal, 2018. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_costa_rica_1002.pdf. Acesso em: 8 nov. 2021.
- COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DENMARK. **Denmark's Constitution of 1953**. Copenhagen, 1953. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf?lang=en. Acesso em: 16 set. 2021.
- DESCARTES, René. **Meditations on first philosophy**: with selections from the objections and replies. United States: Oxford University Press, 2008.
- DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of demarcary. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 15, n. 4, p. 20-31, 2004. Disponível em: http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v015/15.4diamond.pdf. Acesso em: 12 jun. 2015.
- FARIA, Flávia. Abstencões, brancos e nulos superam votos de 1º colocado para prefeito em 483 cidades. **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 nov. 2020.
- FINLAND. Ministry of Justice. **The constitution of Finland**. Helsinque: Ministry of Justice, 2000. Disponível em: <https://oikeusministerio.fi/en/constitution-of-finland>. Acesso em: 16 set. 2021.
- FINLAND. **The election act of Finland**. Finland: Ministry of Justice, 1998. Disponível em: <https://constitutionnet.org/vl/item/election-act-finland>. Acesso em: 8 nov. 2021.
- FINLEY, Moses. **Democracia antiga e moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grall, 1998.
- GERMANY. **Basic Law for the Federal Republic of Germany**. 1949. Disponível em: <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html>. Acesso em: 18 set. 2021.
- GERMANY. **Federal elections Act**. Berlim: Federal Ministry, 1993. Disponível em: https://www.bundeswahlleiter.de/en/dam/jcr/4ff317c1-041f-4ba7-bbbf-1e5dc45097b3/bundeswahlgesetz_engl.pdf. Acesso em: 7 nov. 2021.
- HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

ICELAND. **Constitution of the Republic of Iceland**. Reykjavík: Politics of Iceland, 1944. Disponível em: https://www.government.is/library/01-Ministries/Prime-Ministrers-Office/constitution_of_iceland.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

IRELAND. **Constitution of Ireland**. Dublin: Electronic Irish Statute Book, 1937. Disponível em: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>. Acesso em: 16 set. 2021.

ISRAEL. **Basic Law of 1992, The Government**. Jerusalém: National Legislative Bodies, 1992. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b517c.html>. Acesso em: 8 nov. 2021.

ITALY. **The Constitution of the Italian Republic**. Roma: Prefettura, 1947. Disponível em: http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ENG.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

JAPÃO. **A Constituição do Japão**. Tóquio, 1947. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em: 17 set. 2021.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000.

KANT, Emanuel. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

LEYBOLD-JOHNSON, Isabel. **Democratic?** The Canton where voting is compulsory. SWISSINFO.CH, [s.l.], 4 abr. 2014. Disponível em: https://www.swissinfo.ch/eng/directdemocracy/schaffhausen_democratic--the-canton-where-voting-is-compulsory/38299724. Acesso em: 8 nov. 2021.

LUXEMBOURG. **Loi Electorale**, 2003. Disponível em: <https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4857>. Acesso em: 17 set. 2021.

MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MUMFORD, Lewis. **La ciudad en la historia: sus orígenes, transformaciones y perspectivas**. La Rioja: Pepitas de Calabaza, 2012.

NETHERLANDS. **Electoral Acts 2010**. United Nations: ACE, 2010. Disponível em: <https://aceproject.org/ero-en/regions/europe/NL/netherlands-elections-act-2010/view>. Acesso em: 8 nov. 2021.

NETHERLANDS. **The Constitution of the Kingdom of the Netherlands**. Amesterdã: Ministry of the Interior, 1918.

NEW ZEALAND. **Electoral Act, 1993**. Wellington: Ministry of Justice, 1993. Disponível em:

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0087/latest/DLM307519.html>. Acesso em: 16 set. 2021.

NORWAY. **The Constitution of the Kingdom of Norway**. Oslo: Ministry of Justice, 1969. Disponível em: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17>. Acesso em: 8 nov. 2021.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RALLO, Juan Ramón. **Liberalismo: los 10 principios básicos del orden político liberal**. Barcelona: Deusto, 2019.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da filosofia: antiguidade e idade média**. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code electoral**. Paris, 1964. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/XT000006070239?init=true&page=1&query=Code+%C3%89lectorat&searchField=ALL&tab_selection=all. Acesso em: 8 nov. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São paulo: Ediora Ridendo Castigat Moraes, 2002.

RUESCHEMEYER, Dietrich. Addressing Inequality. **Journal of Democracy**, Washington, v. 15, n. 4, p. 76-90, 2004. Disponível em: http://muse.jhu.edu/journals/journal_of_democracy/v015/15.4rueschemeyer.pdf. Acesso em: 25 set. 2021.

SAMPAIO, Lucas. Eleição presidencial nos Estados Unidos tem a maior participação popular em 56 anos. **G1**, São Paulo, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2020/noticia/2020/11/27/eleicao-presidencial-nos-eua-tem-a-maior-participacao-popular-em-56-anos.ghtml>. Acesso em: 15. dez. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHÜLER, Fernando. Não sabemos votar? **Jornal Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 mar. 2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SWEDEN. **The Constitution of Sweden**. Estocolmo: Ministry of Justice, 2016. Disponível em: <https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

SWISS. **Federal Constitution of the Swiss Confederation**. Berna, 8 Apr. 1999. Disponível em: <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20210101-en-pdf-a.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

TUCÍDES. **História do Peloponeso**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

UNITED KINGDOM. **Representation of the People Act**. 1983. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/2/contents>. Acesso em: 17 set. 2021.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1**. 6 ed. São Paulo: Loyola, 2012.

Recebido em: 27/12/2021

Aceito em: 09/02/2023

O MODELO REGULATÓRIO DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

THE REGULATORY MODEL OF THE ELECTRIC ENERGY COMPENSATION SYSTEM

Gustavo Leopoldo da Luz*
Luiz Alberto Blanchet**

Como citar: LUZ, Gustavo Leopoldo da; BLANCHET, Luiz Alberto. O modelo regulatório do sistema de compensação de energia elétrica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 203-218, dez. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.203-218. ISSN: 1980-511X

*Bacharel em Direito pela PUCPR.
Advogado.E-mail: gus.leo.luz@
hotmail.com

**Professor titular de Direito Administrativo dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba/PR, Brasil). Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. E-mail: blanchet@blanchet.adv.br

Resumo: Investiga-se a regulação brasileira referente ao sistema de compensação de energia elétrica, identificando os fundamentos constitucionais para a sua aplicação e o panorama da energia solar frente às demais fontes renováveis de energia que já compõem a matriz energética nacional. Inicialmente, ocupa-se em apresentar a tratativa constitucional acerca da energia elétrica, seguindo com a competência atribuída pela Constituição da República à respectiva Agência Reguladora. Subsequentemente, identifica-se que o instituto do ordenamento brasileiro que trata da compensação é a Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL, responsável também por evidenciar o seu caráter temporário. Explorando as abordagens da matéria adotadas no direito comparado, finalmente, expõem-se as influências favoráveis e contrárias que as alterações representariam ao setor. A metodologia base para a explanação dos tópicos selecionados foi a pesquisa bibliográfica, realizada em conformidade à ordem linear do raciocínio apresentado. Os desafios encontrados giram substancialmente em torno da escassez doutrinária referente ao tema, resultando em informações extraídas em grande parte de artigos técnicos. Assim, concluiu-se que, muito embora a referida Resolução Normativa já possuía caráter transitório desde o início da sua vigência, reduzir os benefícios concedidos atualmente às novas adesões ao sistema de compensação só desaceleraria o contínuo crescimento do setor.

Palavras-chave: compensação de energia; resolução; alteração; energia fotovoltaica; ANEEL.

Abstract: This article seeks to clarify the Brazilian regulation of

the electric energy compensation system, identifying constitutional foundations for its applications and the perspective of the solar energy in relation to other renewable energy sources that compose the national energy matrix. With the attribution of the power competence set to the respective Regulatory Agency, ANEEL Normative Resolution No. 482/2012 is identified as the current legislation, despite its temporariness. With the comparative law demonstration, the favorable and opposite aspects that the changes would represent is brought to discussion. The base methodology for explaining the theme was bibliographic research, which followed the article's own linearity. The challenges refer to the doctrinal scarcity of the theme, which led to a consultation of some technical articles for more information. Concluding, reducing the benefits of joining the compensation system would only slow down the growth of the sector.

Keywords: energy compensation; resolution; change; photovoltaic energy; ANEEL.

INTRODUÇÃO

A matriz energética brasileira é predominantemente composta por usinas hidrelétricas. Muito embora sejam consideradas fontes renováveis de energia, possuem os mais variados impactos ambientais negativos, como a ocupação da mata ciliar situada às margens dos rios, a instigação ao desmatamento e a consequente provocação de alterações no clima e no ecossistema local.

A busca por alterações neste cenário leva à energia fotovoltaica, cujos impactos ambientais notam-se, de acordo com Silva, Shayani e Oliveira (2018), inferiores aos verificados pelas demais fontes renováveis e ainda há a facilidade de implementação, muito devida à regulação benéfica para as adesões contemporâneas e o fomento às pequenas produções, os denominados pontos de geração distribuída.

O presente artigo buscará explanar, sob o prisma dos princípios Constitucionais, Administrativos e Ambientais, o modelo regulatório adotado para a geração distribuída de energia e os diferentes aspectos que cerceiam a temática, com atenção ao caráter temporário da Resolução nº 482/2012 da ANEEL que incentiva o ingresso ao sistema e aos possíveis efeitos trazidos às atividades desenvolvidas pelos comercializadores e concessionários de energia.

Neste sentido, o primeiro capítulo fará uma abordagem constitucional sobre a energia, fazendo uso de conceitos como desenvolvimento, atividade econômica e concessão de serviço público. O segundo capítulo tratará da regulação do sistema de compensação de energia e as modalidades apresentadas pela normativa, relacionando os principais aspectos verificados no direito comparado. Finalmente, o terceiro capítulo especificará os argumentos favoráveis e contrários às alterações regulatórias do sistema de compensação.

1 ENERGIA E CONSTITUIÇÃO

Preocupações com o desenvolvimento sempre cercearam a existência humana. Seja de forma crucial, garantindo a sua sobrevivência, seja para trazer mais comodidade e facilidade às tarefas cotidianas, o ser humano passa a conhecer o meio em que vive, afastando-se da obsolescência através do aprimoramento de suas habilidades e equipamentos.

O desenvolvimento, analisado por si só, carrega a ideia de avanço, crescimento. No texto constitucional, a previsão do desenvolvimento nacional como objetivo da República Federativa do Brasil está aliada à construção de uma sociedade cujo progresso econômico, político e social proporcione o bem-estar social, que nada mais é do que possibilitar que cada cidadão possa alcançar, por seus próprios meios, a sua realização pessoal, ideologia que também está atrelada à livre iniciativa do modelo capitalista e, consequentemente, à uma das principais funções que legitimam a existência do Estado.

Dessa forma, o que se observa é a transfiguração do papel do Estado na influência da atividade econômica. Diante da possibilidade de delegação da competência privativa que goza

a energia elétrica¹, passa a ser incumbida às Agências Reguladoras a função de representação e regulação do setor econômico, criando ramos de mercado que anteriormente não existiam.

As concessionárias, então, surgem, através das Agências Reguladoras – cuja base normativa é estabelecida pelo Poder Concedente através de contrato –, com o propósito de, além de preencher o nicho econômico encontrado, prestar o serviço com a técnica e equipamentos adequados para tanto. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, em seu Curso de Direito Administrativo, que:

[...] para o concessionário, a prestação do serviço é um *meio* através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é *meio* por cuja via busca sua *finalidade*, que é a boa prestação do serviço (Mello, 2013, p. 728).

No sistema regulatório brasileiro, a energia elétrica encontra-se inserida nesse rol de bens públicos que estão sob a guarda do ente federativo, onde somente a distribuição e fornecimento à população são delegados à atividade econômica, mas a titularidade do bem continua sendo da União. Em conformidade, Patryck de Araújo Ayala (2015, p. 343) assim indica:

[...] considerando que a exploração dos potenciais energéticos também pode ser compreendida na qualidade de serviço público, tem-se que a sua exploração não constitui exclusividade sua (seja na condição de serviço público, seja na condição de seu estrito aproveitamento econômico). A regulação normativa do setor energético, por seu turno, é que se encontra associada à exclusividade do exercício legislativo da União.

A passos cada vez mais largos, o mundo caminha para um futuro de constante influência tecnológica no cotidiano da sociedade. A problemática, contudo, está em manter a progressividade ao mesmo tempo que toma consciência do impacto ambiental resultante da atividade humana, ou seja, reduzindo os impactos ambientais da melhor forma possível.

Verifica-se que, inicialmente, foi ampliada a significação dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes o caráter prestacional, em que ao Estado é imputada a responsabilidade de efetivar determinados direitos dos cidadãos. Posteriormente, com a tomada de consciência da crise ecológica, vislumbrou-se a necessidade de inclusão do bem ambiental nesse âmbito de proteção constitucional, como direito fundamental (Ayala, 2015, p. 233).

É a partir dessa consciência da finitude de recursos ecológicos e da necessária manutenção ecológica por parte da sociedade após inúmeros desastres naturais que encontra-se a matriz energética brasileira nos tempos atuais.

O Acordo de Paris, celebrado entre 195 países com o propósito de reduzir a emissão de gases de efeito estufa, direcionou as nações a determinarem metas a serem alcançadas para a manutenção do desenvolvimento sustentável. A proposta brasileira – chamada NDC do Brasil

1 Constituição Federal, art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (Brasil, 1988).

–, apresentou o objetivo de reduzir a emissão de gases de efeito estufa através da significativa implementação de bioenergia sustentável (Brasil, 2015).

Ainda que tenha crescido cerca de 316,1% de 2017 para 2018, a energia solar apresenta-se um pouco tímida quando comparada às outras energias sustentáveis, as quais representam aproximadamente 66,6% da matriz energética nacional (EPE, 2019). Mesmo em números pequenos, a impulsão da energia solar vem sendo analisada positivamente, haja vista o grande fomento à micro e minigeração distribuída, instituto que tem o condão de possibilitar ao consumidor uma maior gama de opções sobre a origem da energia a ser utilizada e que será desenvolvido no decorrer do presente artigo.

1.2 AS CONCESSIONÁRIAS: O AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO REGULADA

A título introdutivo, necessária se faz a conceituação da terminologia ora em destaque. Pois bem. Em conformidade com o regime administrativo federal, o art. 2º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (Lei que, além de instituir a Agência Nacional de Energia Elétrica, também disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica) define a sua competência à regulação e fiscalização dos três setores da energia elétrica: geração, transmissão e distribuição.

Sendo o modelo predominante de aquisição de energia elétrica no Brasil, no ambiente de contratação regulada a energia é disponibilizada pelo Ministério de Minas e Energia, e, portanto, todos os geradores e distribuidores deverão informar à ANEEL a quantidade de energia que pretendem adquirir para que esta promova os leilões públicos a serem realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), conforme aponta Magalhães (2009).

O critério para julgamento será, naturalmente, a menor tarifa oferecida pelo vendedor. Somente depois deste trâmite é que a energia será disposta às respectivas concessionárias para fornecimento aos aqui chamados consumidores cativos, que, por sua vez, recebem a energia diretamente da concessionária que atende à região que se encontram, ou seja, tendo a influência unicamente do critério espacial para definir qual será o prestador do serviço público.

Vale pontuar que, neste cenário, o preço da tarifa é regulado pelo Poder Concedente de forma a não ser demasiadamente oneroso ao usuário, tampouco barato a ponto de não compensar a realização da atividade econômica. Assim, pontua Gasparini (2003) que “[...] os serviços públicos não devem ser prestados com lucros ou prejuízos, mas mediante retribuição que viabilize esses interesses.” O princípio aqui elucidado, denominado de modicidade tarifária, ilustra não ocorrer qualquer transferência de propriedade do serviço ao concessionário, mas, sim, a atribuição da execução do serviço nos limites da lei e do contrato, resguardando ao Poder Concedente a fiscalização, regulamentação e eventual exploração, direta ou indireta, que se justifique no interesse coletivo (Meirelles, 2016, p, 449).

1.3 O AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE

Conforme tratado previamente, um dos grandes propulsores da energia fotovoltaica no Brasil foi a abertura do mercado de energia para a contratação livre: nos últimos 12 meses, o Ambiente de Contratação Livre cresceu 22% (Abraceel, 2020), número que representa 1.296 novas adesões. Em análise ao Boletim realizado pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (Abraceel), dois fatores indicam o aumento dessa demanda.

O primeiro deles é a diferença na tarifa média. Nas distribuidoras, esse preço gira em torno de 315 R\$/MWh, enquanto no Mercado Livre equivale a 172 R\$/MWh, uma queda de significativos 45% no custo da energia. O outro fator relaciona-se ao grande incentivo por parte do mercado livre à utilização de energias renováveis. De toda a energia renovável gerada no país, cerca de 17% é vendida no ambiente de contratação livre, sendo, desses, 8% correspondente à energia solar, de acordo com Abraceel (2020).

Sendo regulado pelo mesmo Decreto que o ACR (Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica), tal abertura consiste, fundamentalmente, em permitir que o consumidor possa negociar o valor da energia diretamente com os agentes geradores e comercializadores, sem qualquer intervenção da concessionária local. Por isso denominam-se livres: pela capacidade atribuída ao próprio consumidor de escolher entre um e outro fornecedor.

A diferença fática resta perceptível ao consumidor, nesses casos, porque a energia adquirida será entregue pela mesma distribuidora local que atende pelo Ambiente de Contratação Regulada. Assim, ao invés de pagar apenas uma tarifa de energia, o consumidor paga uma tarifa que corresponde à energia adquirida e outra pelo serviço de distribuição.

2 O SISTEMA DE COMPENSAÇÃO

Dada a devida atenção às problemáticas ambientais previamente abordadas, verifica-se que, com o grande incentivo às fontes renováveis, em especial à energia solar, a Constituição da República estabelece, no parágrafo 4º do artigo 176, a possibilidade de geração de pequeno porte ao particular sem o intermédio do regime de concessão ou autorização estabelecido aos demais parques de geração de energia, ou seja, de modo similar ao que ocorre no Ambiente de Contratação Livre.

Neste prisma, percebe-se que a diminuição gradual dos valores necessários à aquisição de geradores de energia fotovoltaica é consequência da alta demanda, que, por sua vez, expressa a ampliação de benefícios a serem desfrutados pelo consumidor.

A Resolução nº 482 de 2012 da Aneel, norma que regulamenta o funcionamento do sistema em estudo, trouxe um grande avanço para a implementação de sistemas de geração de energia de menor porte. Com a possibilidade de utilização da própria rede de distribuição para estocagem de energia (Freitas; Hollanda, 2015), houve uma evidente simplificação da instalação de sistemas

de geração de menor porte, já que, anteriormente, deveriam ser acompanhados de um sistema autônomo de estocagem, o que representava um custo de implementação ainda maior para o interessado, conforme indica Rodrigues (2016).

Outro fator além da redução da tarifa de energia que possui pouco destaque diante do potencial inovador que apresenta é a possibilidade de compensação de energia elétrica, que permite que a energia gerada seja convertida em créditos ao gerador, um sistema que foi considerado por Castro e Dantas (2018, p. 17) como “condição básica para viabilizar a difusão de sistemas fotovoltaicos distribuídos”.

Além disso, outras inovações apresentadas pela Resolução permitiu uma maior diversidade a respeito de como seriam estabelecidas as relações entre os consumidores e a aquisição de energia elétrica. A geração de energia de pequeno porte foi delimitada àquela que produz quantia igual ou inferior a 5MW, sendo que será microgeração se for menor ou igual a 75kW e minigerção se ultrapassar esse valor.

Ainda, foi possibilitado ao consumidor a adesão à modalidade de geração compartilhada através de consórcios ou cooperativas, que consistem na reunião de cooperadores (pessoas físicas ou jurídicas) micro ou minigeradores distribuídos em local diverso da unidade consumidora nas quais a geração excedente será compensada, mas dentro da mesma área de concessão ou permissão, sendo que cada cooperativa tem a sua própria unidade consumidora de energia. A cooperativa gera a energia injetada na distribuidora local, que, por sua vez, disponibiliza o excedente como crédito aos cooperados na forma de abatimento da tarifa de energia.

A compensação de energia elétrica, portanto, é um sistema que deriva da produção de energia de um mini ou micro gerador, a qual será, posteriormente, cedida à concessionária local, que, por sua vez, fará a compensação com a energia consumida. Assim, toda a energia fotovoltaica gerada é repassada à distribuidora, que converte aquela energia em créditos a favor do contribuinte a serem abatidos nas contas dos cooperados. Esse crédito excedente fica disponível para ser utilizado por um prazo máximo de 60 meses.

Ainda, outra possibilidade trazida pelo inciso VIII do Artigo 2º da referida lei foi a possibilidade de autoconsumo remoto, que consiste na utilização da energia em locais distintos daqueles que já constam como unidade consumidora, desde que esteja abrangido pela mesma área de concessão ou permissão nas quais a energia excedente será compensada (ANEEL, 2012).

Em contribuição enviada à Consulta Pública nº 25 de 2019², a Abraceel se manifestou no sentido de propor a implementação da figura do “prossumidor”, que consiste em permitir que os proprietários de micro e mini geração distribuída cuja produção excedesse os montantes compensados pudessem ser lançados ao mercado livre para comercializar com qualquer outro consumidor, incluindo a própria distribuidora local (Abraceel, 2019).

Embora a ANEEL já tenha se posicionado contrária à comercialização de excedentes por entender fugir da abrangência do Sistema de Compensação e necessitar de uma maior cobertura

2 A proposta mais recente da Associação segue harmônica às contribuições enviadas previamente para a Consulta Pública nº 10/2018 e Audiência Pública nº 01/2019, ou seja, a favor da expansão do Ambiente de Contratação Livre.

normativa, a Associação contribuinte aponta justamente o contrário: além de considerar que a comercialização é parte complementar à compensação, verifica-se que a competência legislativa já atribui à ANEEL a regulação dos excedentes³.

Neste sentido, o posto de geração distribuída é considerado não somente um consumidor, mas também um autoprodutor, o qual dispensa o regime de concessão instituído pela Constituição, de acordo com o parágrafo 4º do artigo 176 da própria Carta Magna.

2.1 A COMPENSAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Oportuno se faz – diante do avanço irrefreável da tecnologia no setor elétrico e da necessidade de atingir as metas ambientais delimitadas em tratados internacionais – pontuar as tratativas adotadas por diferentes perspectivas e modelos regulatórios ao redor do globo.

A abordagem da compensação de energia apresentada urge de comparativos que ultrapassam as fronteiras nacionais, haja vista que a comercialização de excedentes é complemento que já compõe a realidade verificada em outras nações.

A Agência Internacional de Energia identificou diversas políticas de incentivo ligadas à energia elétrica. Dentre elas, destacam-se a “Feed-In Tariff” e o “Net Energy Metering”.

As “Feed-In-Tariffs”, comuns em países europeus e asiáticos, são pactuadas através de contratos de longo prazo, e o valor a ser fixado na tarifa tem como base todas as variáveis que envolvem o custo da geração, como a fonte escolhida e o tipo de instalação. Neste sistema, observa-se o claro incentivo à geração a partir do fato de que o valor pago pela energia aplicada na rede é maior do que a energia provida pela distribuidora.

Por sua vez, o “Net Energy Metering” é composto pela injeção do excedente na rede de energia elétrica local, a qual é convertida em crédito a ser descontado da tarifa mensal. O sistema, aderido pelo Brasil, entende que já que o sistema é de compensação de energia, a restituição deve ser feita em energia, porém, a legislação de jurisdições alheias permite que a distribuidora realize a compensação monetariamente, como um reembolso.

2.1.1 ALEMANHA

O primeiro país a ser apontado ganha espaço não somente pela utilização de legislação favorável à produção de energia fotovoltaica, mas também pelo fato de apoiar o desenvolvimento de novas tecnologias que buscam a geração de energias renováveis.

O “Renewable Energy Sources Act” (EEG) é um exemplo de aplicação do método “Feed-In-Tariffs”, que surgiu no estado alemão no início da década de 1990 com o intuito de estimular o crescimento das energias renováveis num cenário onde, até então, predominava a utilização da energia nuclear, e cujas futuras alterações sempre ocorreram de forma a buscar o aumento no

3 Lei nº 9.427/1996, art. 26, inc. IV: Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: [...] a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica (Brasil, 1996).

número de adesões (Cintra; Oliveira, 2016).

Atualmente, o sistema conta com outra modalidade de tarifação, a “Feed-In-Premium”, onde os operadores (denominação utilizada para se referir aos consumidores que aderem à geração distribuída) recebem parcela da remuneração pela própria venda da energia no mercado, que pode variar de acordo com a quantidade produzida e a fonte renovável utilizada, acrescida da diferença entre o que foi pago e o preço garantido estabelecido na EEG.

Assim, ainda que os prossumidores arquem com os custos de instalação, medição e conexão à rede local, a EEG garante o acesso à energia por 20 anos, permitindo que as novas adesões estudem as perspectivas de execução e de retorno dos investimentos realizados. Neste sentido, exemplifica Miranda (2013, p. 132):

[...] uma instalação de energia produzida a partir de gás de aterro sanitário que tenha entrado em funcionamento até 1º de janeiro de 2010 terá uma remuneração garantida por vinte anos de 9,00 centavos por kWh (para os primeiros 500 kW), enquanto uma instalação do mesmo tipo que tenha entrado em funcionamento no ano de 2010, após esta data, terá uma tarifa garantida 1,5% menor.

Nota-se que o Estado Alemão adota uma postura de preocupação com a proporcionalidade de pagamento às fontes mais caras, possibilitando o crescimento e o incentivo à utilização de energias renováveis.

2.2.2 Itália

Muito embora o Estado Italiano adote medidas similares à Alemanha, algumas peculiaridades tornam interessante a análise do modelo vigente. Além de incentivos fiscais para a aquisição dos equipamentos necessários para a instalação de fontes renováveis de energia, verifica-se a adoção de incentivos ao auto consumo através do sistema denominado “Scambio Sul Posto”, onde, similarmente ao “Net Energy Metering” adotado em solo brasileiro, utiliza da atribuição de valores distintos à energia injetada e ao consumo de eletricidade na rede, bem como o seu valor no respectivo ano.

Tal mecanismo consiste no pagamento de uma determinada quantia aos geradores com o objetivo de cobrir parcela dos custos despendidos para o uso da energia da rede. Na hipótese de que a energia inserida na rede supere o custo da parcela consumida, haverá um crédito pendente que pode ser reutilizado em até 3 anos ou ser convertido em crédito econômico a favor do proprietário da fonte de energia fotovoltaica.

Em síntese, a energia injetada pela geração distribuída passa pelo seguinte processo: após ser vendida no mercado pelo “Gestore dei Servizi Elettrici” – órgão italiano controlado pelo Ministério de Economia e Finanças que atua no desenvolvimento, implementação e incentivo de fontes renováveis –, o consumidor adquire o montante remanescente quando a autoprodução for insuficiente, e ao final do ano o GSE devolve o que foi pago, transição denominada de “cota de

energia”. A eletricidade, então, receberá a precificação conforme o valor médio da área situada, enquanto o valor reembolsado ao consumidor pelo gasto proveniente da rede é computado como “cota de serviço”. No fim do ano, o valor a ser resgatado é representado pela diferença entre a energia produzida e a “cota de energia”, sendo que, caso resulte negativa, o valor equivalente será cobrado na respectiva conta de eletricidade (Câmara; Rosental; Espínola, 2018, p. 283-285).

Em relação ao resgate, caso esta seja a escolha do consumidor, o valor corresponderá somente à soma da cota de energia e de serviço, sendo composto pelo custo dos encargos do sistema, da energia gerada, da transmissão e da distribuição, pagos somente enquanto a geração e o consumo sejam equivalentes entre si, conforme ainda indicam Câmara, Rosental e Espínola (2018, p. 285).

3 A ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO 482/2012 DA ANEEL

Areferida Resolução, embora possa ser considerada promissora por permitir a implementação do sistema em estudo, sempre indicou que a aplicação daquelas normas à compensação de energia era mera transitoriedade, o que se percebe com o texto do artigo 15, que dispõe que a ANEEL revisará o teor da Resolução até 31 de dezembro de 2019.

Desde então, houveram duas alterações em seu texto. A primeira delas, ocorrida através da Resolução nº 687 de 2015, trouxe uma série de benefícios ao ambiente de contratação livre, implementando sistemas como a própria micro e minigeração distribuída, aumentando o prazo para utilização do crédito de 36 para 60 meses e diversas outras mudanças que, embora retraídas em comparação ao mercado mundial, positivas para o setor no Estado brasileiro.

No mesmo sentido, a segunda alteração, claramente menor que a primeira, se deu por meio da Resolução nº 786 de 2017, que apenas modificou alguns conceitos para melhor atender às demandas e ilustrar um cenário ainda mais interessante aos novos adeptos e competitivo a todos.

Mas a mudança pretendida para o segundo semestre de 2019 possuía como objetivo uma influência maior do que as anteriores. Levando em consideração que o preço igualitário da tarifa – onde a produção de 1kW de energia equivaleria ao abatimento de 1kW na fatura –, até então era uma regra de transição fomentada pela Aneel para incentivar a procura pelo mercado de energia solar, a Resolução de 2012 pretendeu manter o valor da compensação de energia igual àquele advindo da concessionária com o intuito de fomentar o ingresso ao ambiente livre de energia.

Considerou, portanto, que 2019 era um tempo razoável para a implementação e expansão das regras no mercado, reformando o cenário energético brasileiro exponencialmente.

A próxima alteração tinha o intuito de rever os valores das tarifas de forma a diminuir o valor da energia produzida pelas cooperativas em relação à energia proveniente das concessionárias, reduzindo, em média, de 30 a 70% do seu valor a ser compensado sob o fundamento de que, além de constituir uma regra de transição que facilitaria e motivaria a entrada do Brasil no mercado da energia fotovoltaica, também seria uma forma de valorar a atividade desenvolvida pelas

concessionárias, haja vista o seu maior esforço para manter o sistema de distribuição de energia.

A mudança, que valeria apenas para a compensação de energia, ainda seria lucrativa, embora em menor proporção do que previamente se verificava no setor. Claro que, em respeito ao direito adquirido, as aquisições anteriores a este período permaneceriam com a mesma valoração pelo prazo de 25 anos.

3.1 VISÃO DAS CONCESSIONÁRIAS

Ao considerar que o valor da energia produzida por geração distribuída tem o mesmo valor da energia da concessionária, a conversão em lucro para aquele que a produz será feita de forma integral, enquanto que a redução do valor resultaria na consequente equiparação a todos os custos de pessoal e demais encargos inerentes à atividade prestada pela concessionária, incluindo os custos de armazenamento de energia e transmissão, que não são pagos pelo mini e microgeradores de energia (por mais que esta seja autônoma, o excedente ainda é enviado à distribuidora).

Sinteticamente, toda a energia produzida pela geração distribuída é convertida em lucro, mas a energia ali gerada ainda é transmitida à concessionária, ao passo que a energia oriunda da distribuidora tem todos os gastos referentes aos mantimentos empresariais inclusos, para que, somente após o abatimento desses valores, resulte algum lucro à concessionária.

Na regulação em vigor, o faturamento das unidades consumidoras participantes do sistema de compensação de energia elétrica considera a energia, de fato, consumida da rede. Assim, deduz-se desse consumo a energia injetada e eventual crédito de energia acumulado em períodos de faturamento anteriores, por posto tarifário, quando for o caso, devendo incidir todas as componentes da tarifa em R\$/MWh. Ao apurar o saldo, esse sistema pressupõe que a energia injetada na rede e a consumida têm o mesmo valor global. Nessa sistemática de compensação, o prosumidor tem sua geração remunerada pelo mesmo valor da tarifa da distribuidora. Tendo em vista que a tarifa é composta por diversos itens (remuneração dos agentes de geração, transmissão e distribuição, além de encargos e impostos) e o que o prosumidor injeta é puramente energia, o que ocorre, de fato, é que o consumidor que gera sua própria energia elétrica recebe muito mais do que um gerador convencional (Brasil, 2019).

As distribuidoras têm uma grande quantia de encargos tributários e outros ônus em relação à produção de energia do que as cooperativas e gerações distribuídas, resultando em uma atividade notadamente mais onerosa às concessionárias. Este cenário implicaria na desregulamentação do ACR, haja vista que é por meio dele que o Estado exerce o controle acerca da política energética, impulsiona o desenvolvimento, mantém a modicidade tarifária⁴, garante a qualidade na prestação do serviço e o acesso à informação pertinente.

Sob a mesma perspectiva, a expansão do mercado livre pode impactar todo o ambiente de contratação regulada (ACR). Isso porque, com a manutenção do valor igualitário entre a energia

4 Vide. 1.2. As Concessionárias: O Ambiente de Contratação Regulada.

oriunda das distribuidoras e as produzidas por geração distribuída ou compartilhada, a falta de regulação direta das tarifas tende a colocar em risco o sistema, permitindo a desconstrução das concessionárias e a cessação de controles de qualidade e segurança presentes no trâmite da aquisição de energia, delegando à instabilidade do mercado livre os contratos de energia elétrica e admitindo uma tarifa flutuante (Brasil, 2019).

Entre um e outro argumento, o que as concessionárias pretendem é apresentar a ideia de que a alteração do valor da energia de geração distribuída e compartilhada ultrapassa o âmbito lucrativo. A redução seria nada mais que uma questão de isonomia, haja vista que a concessão de liberação por parte do Poder Público passa por diversos procedimentos até a consequente autorização para exercício da atividade em questão.

3.2 VISÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Em contrapartida, o mantimento da tarifação ao mesmo valor que o provindo da concessionária é vista com bons olhos pela atividade econômica, mas não somente pelas vantagens de viabilidade de um novo nicho de mercado para a exploração financeira e o fato de que o consumidor pode optar pela exclusiva utilização de fontes renováveis de energia.

Inicialmente, o direito de escolha conferido aos consumidores de energia elétrica, através do fácil ingresso ao mercado livre e da independência das distribuidoras para o provimento de energia é o fundamento principal que baseia a manutenção da tarifação nos termos atuais.

É o consumidor que detém o poder de ponderar qual empresa é capaz de ministrar os riscos do mercado e atender às suas expectativas. Com a concessão de ampla liberdade para contratar os preços, volumes, forma de energia e outros aspectos contratuais seriam discutidos entre fornecedor e consumidor para melhor se encaixar em ambas necessidades. A previsibilidade de custos também deriva da celebração do contrato, permitindo maior controle e gerenciamento ao consumidor.

Nesta seara, manter a valoração da energia compensada como crédito para abatimento das faturas futuras é fomentar ainda mais a entrada ao ambiente de contratação livre de energia. Mesmo que a Resolução nº 482/2012 tenha previsto que a valoração seria diminuída no segundo semestre de 2019, estender os seus efeitos somente ampliaria ainda mais a busca por energias renováveis em território nacional, além do fato de ser uma expressão clara da livre iniciativa para o exercício desta atividade.

Ainda, sob o enfoque da legislação e da doutrina civilista, há a construção lógica de que, na qualidade de proprietário das unidades geradoras de energia, seria legítima a consequente exploração econômica do referido sistema, porquanto pertence ao proprietário a prerrogativa de usar e dispor tanto da coisa⁵ quanto de seus frutos⁶.

Outra análise que deve ser feita com certa cautela diz respeito à afirmação de que o valor

5 O art. 1.228 do Código Civil dispõe que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (Brasil, 2002).

6 Por sua vez, o artigo 1.232 do mesmo diploma legal estabelece que “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem” (Brasil, 2002).

da energia de geração distribuída é mais barato ao consumidor. Embora o custo de instalação tenha reduzido ao decorrer dos últimos anos, ainda trata-se de um empreendimento, e, como tal, deve ser analisado em conjunto à tarifação atribuída ao setor. Assim, percebe-se que demoraria algum tempo para que efetivamente começasse a representar qualquer forma de lucro.

A durabilidade dos sistemas fotovoltaicos é grande, com vida útil de 25 anos, em média. O tempo de retorno de investimento, também chamado de *Payback*, é o período necessário para que o custo de instalação se pague e, a partir daí, comece a dar lucro para o proprietário. Esse cálculo depende de variáveis como o investimento total realizado e a geração média mensal do sistema de energia solar (kWh), considerando tarifas de energia (R\$/kWh) que podem ser diferentes de uma região para outra. Assim, no Brasil, o *Payback* pode variar entre 5 e 10 anos, o que significa que o período de benefício do investimento pode chegar a 4 vezes mais do que ele (Guimarães, 2017).

À perspectiva econômica, o elevado crescimento da concorrência no setor faria com que aumentasse a competitividade do ambiente de contratação livre, perceptível através da redução dos preços e da implementação de inúmeros postos de trabalho. Com a alta participação da população no setor, conseqüentemente se verificaria ainda mais inovações no que diz respeito aos produtos e serviços prestados.

É válido ressaltar que a energia oriunda de geração distribuída ou compartilhada não utilizada no prazo de 60 meses para a compensação importa em nada mais do que lucro às concessionárias, haja vista que não serão válidas para o reembolso nas faturas do responsável por sua geração e por já integrarem os bancos energéticos da distribuidora local.

Significa dizer que a energia é adquirida sem qualquer trâmite administrativo, e, portanto, não exigiu nenhum esforço financeiro. Assim, dizer que a concessionária não é recompensada pela distribuição não é completamente verídico: é como se, hipoteticamente, as gerações distribuídas e compartilhadas conferissem parcela do valor em dinheiro no pagamento da tarifa e parcela em energia elétrica, já que esta não resultará em qualquer retorno ao particular.

Por fim, outro ponto digno de destaque é a presença das concessionárias no ambiente de contratação livre. Mesmo que a tarifa se mantenha igual, não há qualquer fator impeditivo às concessionárias para o ingresso ao ambiente livre. Significa dizer que, por massivamente integrarem o ACR, já possuem uma rede de clientes previamente constituída, o que ensejaria uma oportunidade de expansão não possibilitadas às outras empresas de energia.

CONCLUSÕES

Certo é que as atividades econômicas desenvolvidas em território nacional e a Administração Pública devem coexistir. Imprescindível se faz a harmonia entre ambos, tanto na forma de regulamentação e fiscalização como também na própria prestação das atividades inerentes às

funções constitucionalmente determinadas. É função do Estado, portanto, regulamentar esse novo nicho do mercado que é a geração distribuída, ao mesmo passo em que garante a continuidade do exercício das atividades das concessionárias.

O presente artigo ocupou-se em demonstrar o panorama da energia solar na matriz energética brasileira e o seu acanhado crescimento no decorrer dos últimos anos. Ainda assim, o segmento possui perspectivas bastante positivas em relação ao futuro.

Atrelados ao sistema de compensação de energia, verificam-se mecanismos interessantes que instigam o aumento dos números de adeptos à energia fotovoltaica, mas ainda passa por dificuldades de implementação que demandarão maiores discussões até que seja alcançado um denominador comum. Por essa razão, até o presente momento, algumas considerações merecem ser sublinhadas.

O estudo possibilitou concluir que a atividade econômica oriunda da geração de energia através do autoconsumo deve sofrer a menor interferência possível do Estado, afinal, não se trata de um extenso processo de privatização, mas sim de uma exploração natural de bens cuja propriedade permite o uso e o gozo, como ocorre com qualquer outro. Se a evolução da tecnologia permite que as pessoas produzam a energia a ser consumida, esta deve ser fomentada. A restrição estatal representa retrocesso na busca de alternativas ecologicamente viáveis para o combate ao aquecimento global causado pela ação humana ao longo de décadas de exploração e degradação do meio ambiente. Barrar a introdução de novas tecnologias é, portanto, barrar não somente a ordem econômica⁷, mas também o desenvolvimento humano e nacional.

REFERÊNCIAS

ABRACEEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Boletim Abraceel da Energia Livre**. Brasília, DF: Abraceel, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/post/2020/03/Boletim03-Mar%C3%A7o-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.

ABRACEEL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Contribuição da Abraceel à Consulta Pública nº 025/2019**. Brasília, DF: Abraceel, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Contribuic%CC%A7a%CC%83o-Abraceel-CP-25-Geracao-Distribuida.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA **Resolução Normativa nº 482 de 17 de abril de 2012**. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica e o sistema de compensação de energia elétrica. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

⁷ Constituição Federal, art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

AYALA, Patryck de Araújo. O regime de exploração econômica dos potenciais energéticos de bens ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Coords.), **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427compilada.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Visão da SECAP sobre o setor de energia: o caso da micro e mini geração distribuída**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2019/visao-da-secap-sobre-o-setor-de-energia-o-caso-da-micro-e-minigeracao-distribuida>. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Consulta Pública MME 033/2017: aprimoramento do marco legal do setor elétrico**. Brasília, DF: Ministério de Minas e Energia, 2017. Disponível em: http://antigo.mme.gov.br/documents/36131/930948/participacao_0.8822305382425971.pdf/ccbd12d4-17b4-922c-4f09-cc553fa60671. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Pretendida contribuição nacionalmente determinada para consecução do objetivo da convenção-quadro das nações unidas sobre mudança do clima**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/meio-ambiente-e-mudanca-do-clima/contribuicao-apresentada-pelo-brasil-as-nacoes-unidas-cop-21>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CÂMARA, Lorrane; ROSENAL, Rubens; ESPÍNOLA, Maria Alice. O caso da Itália. In: CASTRO, Nivalde José de; DANTAS, Guilherme (org.). **Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes**. Rio de Janeiro: Publit, 2018. p. 264-298. Disponível em: http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/livro_experiencias_internacionais_em_gd.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

CASTRO, Nivalde José de; DANTAS, Guilherme. **Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes**. Rio de Janeiro: Publit, 2018. Disponível em: http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/IFES/BV/livro_experiencias_internacionais_em_gd.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

CINTRA, Roberta Hehl de Sylos; OLIVEIRA, Celso Maran de. Panorama e reflexões sobre o energiewende. **Working Papers**, Coimbra. n. 5, 2016: Coimbra. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/daede/publicacoes/workingpapers/direitodaenergia_wp5.pdf. Acesso em: 2 maio 2020.

EPE - EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Balço Energético Nacional 2019**. Rio

de Janeiro: EPE, 2019. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-377/topico-470/Relat%C3%B3rio%20S%C3%ADntese%20BEN%202019%20Ano%20Base%202018.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

FREITAS, Bruno M. R. de; HOLLANDA, Lavinia. **Micro e minigeração no Brasil: viabilidade econômica e entraves do setor**. São Paulo: FGV Energia, 2015. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/artigos/whitepaper_micro_e_minigeracao_no_brasil_18_05_15_0.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Gabriel. O retorno do investimento em energia solar. Solarvolt Energia, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://www.solarvoltenergia.com.br/blog/retorno-do-investimento-em-energia-solar/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MAGALHÃES, Gersa de Souza Cortes. **Comercialização de energia elétrica no ambiente de contratação livre: uma análise regulatório-institucional a partir dos contratos de compra e venda de energia elétrica**. 2009. Dissertação (Mestrado em Energia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2013.

MIRANDA, Victor Silva dos Passos. A Lei Alemã de Fontes Renováveis de Energia em Confronto com a Resolução Normativa nº 482/2012 da Aneel. *In: EMERJ. Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados 17), p. 128-137.

RODRIGUES, Isabel Sampaio. **Geração distribuída no setor de energia elétrica no Brasil**. 2016. Monografia (Graduação em Economia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Isabel_Sampaio_Rodrigues.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, Lara Raquel de Jesus Rodrigues; SHAYANI, Rafael Amaral; OLIVEIRA, Marco Aurélio Gonçalves de. Análise comparativa das fontes de energia solar fotovoltaica, hidrelétrica e termelétrica, com levantamento de custos ambientais. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ENERGIA SOLAR-CBENS, 7.*, 2018, Gramado. **Anais [...]**. São Paulo: ABENS, 2018. Disponível em: <http://anaiscbens.emnuvens.com.br/cbens/article/view/527>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Recebido em: 20/01/2021

Aceito em: 19/09/2022

**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

*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

Érika Capella Fernandes*
Irene Patrícia Nohara**

** 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

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. 18, n. 3, p. 219-235, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.219-235. ISSN: 1980-511X

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 (Brasil, 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 (Brasil, 1988).

Será visto que parcela da doutrina entende que o princípio da subsidiariedade já estaria previsto no artigo 173 da Constituição (Brasil, 1988), 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” (Brasil, 2020). 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 (Brasil, 1988). 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 peremptoriamente 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 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” (Brasil, 2020).

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 (Brasil, 1988). 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 (Brasil, 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 pretendeu desconstruir a imagem vendida pela mídia “de um setor empresarial que ruga e um setor estatal burocrático que ronrona” (Mazzucato, 2014, p. 30). 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 (2016, p. 61-69), da revista *Competition & Change*, 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 equivocados,

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, 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, 2004, 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 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 (Silva Neto, 2004, p. 27).

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 desenvolvimento, mas da simples modernização. Modernização pode manter o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda, com a assimilação do progresso técnico das sociedades

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.

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.

A presença 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**, São Paulo, 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**, São Paulo, 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; NOHARA, Irene Patrícia; SALGADO, Rodrigo Oliveira (coord.). **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/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147&filename=PEC+32/2020. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do distrito federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

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. 2009b. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/19053>. Acesso em: 10 jan. 2021.

KARLSON, Nils; SANDSTRÖM, Christian; WENNERBERG, Karl. Bureaucrats or market in innovation policy? a critique of the entrepreneurial state. **The Review of Austrian Economics**, Berlim, v. 34, p. 81-95, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11138-020-00508-7>

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29074>. Acesso em: 10 jan. 2021.

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, D.C, v. 35, n. 3, p. 603-625, 2015. Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serial...015/9/cj-v35n3-7.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **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**, Thousand Oaks, v. 21, n. 1, p. 61-96, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/1024529416678084>

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2004.

Recebido em: 14/09/2021

Aceito em: 30/08/2022

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA NECESSÁRIA CONEXÃO

DEMOCRATIC STATE BASED IN THE RULE
OF THE LAW AND CONTROL OF PUBLIC
ADMINISTRATION: A NECESSARY CONNECTION

Rogério Gesta Leal*
Chaiene Meira de Oliveira**

*Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1987), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor e pesquisador do programa de pesquisa, extensão e pós-graduação da UNOESC. É Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros - ENFAM, e membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades Brasileiras e membro da Comissão de Altos Estudos do Centro de Referência Memórias Reveladas. E-mail: gestaleal@gmail.com

**Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestra em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2023). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

Como citar: LEAL, Rogério Gesta; OLIVEIRA, Chaiene Meira de. Estado Democrático de Direito e controle da administração pública: uma necessária conexão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 236-251, dez. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.236-251. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre a necessidade de controle dos atos da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito. Com isso, tem-se o seguinte problema de pesquisa: qual a relevância dos mecanismos de controle da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito? O método de abordagem utilizado é o dedutivo, em relação ao método de procedimento, utilizou-se o monográfico e no que se refere às técnicas de pesquisa, estas estarão resumidas à pesquisa bibliográfica. Estruturalmente, a pesquisa será dividida em três tópicos, no primeiro serão abordados os aspectos do Estado Democrático de Direito, seguido de uma relação dos mecanismos de controle da administração pública com a sua importância democrática. Por fim, a análise terá como objetivo o estudo das modalidades de controle da administração pública com foco na realidade brasileira. Assim, visa-se demonstrar a importância de instituição dos mecanismos de controle tendo em conta que estes podem ser considerados como pressupostos basilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: administração pública; estado democrático de direito; controle.

Abstract: The present article aims realize a study about the

necessity of the control of public administration in the context of Democratic State based in the rule of the law¹. Thus. it is intended to answer: what are the relevance of the mechanisms of control of public administration in the context of Democratic State? The method of approach is deductive one, method of procedure is monographic and that it refers to the research techniques, these will be summarized to the bibliographical research. Structurally, the research will be divided in three topics, at a first it will analyze aspects of the Democratic State of Law, followed by control mechanisms of public administration with its democratic importance. Finally, the analysis will study the modalities of public administration control focusing in Brazil. With this, it aims to demonstrate how important is to establish mechanisms of public administration control considering them as a fundamental requirement.

Keywords: public administration; democratic state based in the rule of the law; control.

¹ A opção pela terminologia “democratic state based in the rule of the law” centra-se no fato de que o termo “democratic state” refere-se tão somente a um Estado democrático de forma genérica não englobando as peculiaridades da realidade brasileira no qual é observado um Estado Democrático de Direito.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre a necessidade de controle dos atos da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito, a fim de verificar as possibilidades e os desafios impostos. O tema central do trabalho relaciona-se com o controle da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito tendo como delimitação temática o foco nos mecanismos de controle aplicáveis a esta sobretudo na realidade brasileira. Ainda em relação a delimitação do tema, os dados históricos trazidos ao longo do trabalho serão utilizados como forma de contextualização e compreensão dos demais pontos não sendo o objetivo esgotar o seu estudo por não se tratar do foco da pesquisa.

Com isso, considerando as complexidades estruturais e normativas impostas pelo modelo de Estado Democrático de Direito e os novos desafios que são impostos à administração pública, sobretudo no caso brasileiro, tem-se o seguinte problema de pesquisa: qual a relevância dos mecanismos de controle da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito?

O método de abordagem utilizado é o dedutivo tendo em conta que a pesquisa parte do pressuposto da necessidade de controle dos atos da administração pública até a análise específica quanto ao controle no contexto do Estado Democrático de Direito com foco na situação brasileira e, em relação ao método de procedimento, o método monográfico. Por fim, no que se refere às técnicas de pesquisa, elas estarão resumidas à pesquisa bibliográfica em livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros meios.

A justificativa centra-se no fato de que a administração pública no modelo democrático de Estado exige cada vez mais a instituição de mecanismos de manutenção de seus pressupostos basilares, necessitando assim da adoção de institutos de controle como forma de garantir tais necessidades, bem como a própria existência do Estado Democrático de Direito sobretudo diante da ocorrência de práticas corruptivas, as quais impõem desafios cada vez maiores às sociedades exigindo ações conjuntas entre a iniciativa pública e privada.

Como hipótese, tem-se a ideia inicial de que os mecanismos de controle da administração pública são de extrema relevância de maneira que devem ser adotados de forma conjunta seja por meio do controle social, interno ou externo, utilizando para isso a instituição de instrumentos conjuntos entre Estado e sociedade. Ademais, o controle é parte essencial ao Estado Democrático de Direito, considerando inclusive como um de seus pressupostos na medida em que a democracia necessita da constante observância dos atos da administração pública, que por sua vez são observados por meio dos mecanismos de controle.

Estruturalmente, a pesquisa será dividida em três tópicos, no primeiro serão abordados os aspectos do Estado Democrático de Direito trazendo suas principais características e marcos históricos, além da definição dos pressupostos para concretização com base em um estudo doutrinário. Em um segundo momento, visa-se relacionar os mecanismos de controle da administração pública com a sua importância democrática, tendo em conta que, apesar de os mecanismos de controle não serem por si só indutores de políticas públicas, estes podem ser compreendidos enquanto um meio

de fiscalização da atividade administrativa.

Por fim, a análise terá como objetivo o estudo das modalidades de controle da administração pública seja por meio do controle social, interno e externo com foco na realidade brasileira tendo em vista que cada país possui sua própria legislação e sistemas de controle distintos, os quais iriam demandar uma análise pormenorizada não sendo possível comparar os sistemas de forma objetiva. Também, verifica-se que os mecanismos de controle da administração pública podem ser vistos como a garantia da efetividade das conquistas alcançadas por meio do modelo democrático, o qual é resultado de um longo processo histórico.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS BASILARES DO MODELO ESTATAL

Inicialmente, ao abordar as características do modelo de Estado Democrático de Direito, se faz necessário ainda que brevemente, trazer uma contextualização histórica dos modelos estatais anteriores como uma forma de melhor compreender os motivos que o fizeram adquirir determinada forma. A contextualização realizada neste momento será de forma resumida por não se tratar do foco da pesquisa, sem prejuízo das demais informações inerentes aos fatos históricos narrados.

Ao abordar a história do Estado, impossível não mencionar o marco que foi a Revolução Francesa, período no qual ocorrem mudanças significativas quanto à percepção em relação ao Estado sendo que este não mais é visto como uma criação divina passando a ser considerado como fruto de um contrato, ou seja, é criado por homens livres e iguais, devendo garantir a estes suas liberdades e direitos. Desse modo, o Estado passa a ser visto como uma instituição que está a serviço dos homens e por isso possui limites uma vez que a legitimidade de seu poder está ligada a vontade dos cidadãos e, portanto, o Estado está a serviço destes.

Ainda em relação a Revolução Francesa, é de extrema relevância, segundo Morais (2014), o fato de que esta concretizou-se principalmente pelas ações promovidas pelas partes mais baixas do Terceiro Estado, o qual era constituído pelos camponeses pobres e também por aqueles aliados à burguesia em ascensão. Apesar de que em um primeiro momento, os resultados da Revolução serviram de benefício tão somente aos burgueses, constituídos por comerciantes, proprietários de terras, posteriormente os resultados obtidos foram mais amplos. É neste contexto que se dá a instauração do Estado Liberal, o qual é gerido pelos interesses da burguesia tendo como fundamentação teórica os princípios do iluminismo, racionalismo e antropocentrismo de modo que os princípios basilares são o da distribuição e o da organização.

Sobre este período, Morais (2014) destaca que outro fator fundamental é o de que as limitações que foram impostas ao soberano pelo Estado Liberal constituem um elemento essencial de sua natureza e forma de estrutura. Além disso, os objetivos primordiais destas limitações centram-se no fato de que prevaleceu nos ideais da Revolução Francesa, o princípio norteador da liberdade, buscando um mercado autorregulado sem as incessantes intervenções estatais que ocorriam até

então.

Além disso, outra importante constatação quanto aos direitos que passaram a ser garantidos após a revolução é feita por Garcia Rojas (2019, p. 151) “*los ciudadanos tienen los derechos inherentes a su condición de hombres y aquellos de los que les dotan la Constitución y las leyes*”. Ou seja, além das significativas mudanças em relação a estrutura do Estado como um todo, a Revolução Francesa foi um marco no que tange aos direitos e garantias dos cidadãos tendo em vista que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão serviu inclusive como base legislativa para diversas cartas constitucionais promulgadas posteriormente em outros países.

Retomando os aspectos históricos, Viana (2019) afirma que o dever de prestar contas ao real titular do poder, o povo, não é algo recente tendo em conta que na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão já trazia tal previsão. E é justamente com base em tal enunciado que o controle é ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não havendo nenhuma possibilidade de abertura de margens para discricionariedade uma vez que todos estão sujeitos ao controle na sua acepção mais ampla.

Devido tais características, surge a noção de Estado de Direito, o qual possui como delimitação marcante o fato de que todos, inclusive a figura do soberano, estão submissos à lei, ou seja, ao princípio da legalidade. Tal demarcação surge de forma a contrariar o estado absolutista até então existente naquele período. Com o Estado de Direito, a lei passa a ser vista como uma criação racional e voluntária, a qual estabelece quais ações são proibidas e quais são permitidas caracterizando assim o seu atributo de abstração.

Além disso, segundo observa Leal (2007) a lei passa a assumir um caráter de generalidade compreendido no sentido de que por ser anterior aos fatos é tida como de aplicação geral, abrangendo todas as pessoas e fatos que nela se enquadrem. Durante este período, o estabelecimento de direitos e obrigações passa a assumir um papel fundamental para a organização das sociedades, as quais não estão mais submissas ao poder absoluto de um rei passando a ser representada por uma assembleia, assumindo o legislativo uma destacada atuação. A atuação legislativa neste contexto possuía um destaque tão significativo que até mesmo a noção de direitos humanos e sua garantia estava subordinada ao reconhecimento destes pela lei.

Enquanto que nas Constituições denominadas liberais, sua atribuição restringia-se em estabelecer a estrutura básica do Estado, suas competências, mas principalmente garantia das liberdades individuais e dos direitos políticos, com o surgimento do Estado Social no século XX, as suas atribuições passaram a ser mais amplas. Neste período, a preocupação era de limitar os poderes conferidos ao Estado como forma de garantia dos direitos principalmente o direito a liberdade, destacando que se tratava de uma liberdade formal de modo que todos os indivíduos eram iguais perante a lei.

Assim, no período pós-guerra, além das características acima descritas, as Constituições passaram a disciplinar as múltiplas relações do indivíduo com o Estado, englobando não somente a legitimação do poder estatal, mas também a sua organização e forma de atuação. Com o surgimento do Estado Social, a ideia de igualdade, segundo Leal (2007) deixa de ser meramente formal e passa

a abranger o elemento material de forma que não basta que os indivíduos sejam iguais perante a lei, mas sim, a lei é tratada como uma fundamentação para tal garantia. A concepção de Estado muda drasticamente e este passa a ser visto como um interventor necessário na sociedade, devendo sua intervenção estar conectada as questões sociais de modo que a função estatal é de transformar a estrutura econômica e social com a finalidade de garantir a igualdade material.

O elemento integrador da Constituição centra-se no fato de que esta precisa contemplar múltiplos fatores não ficando restrita ao texto legal devendo cada vez mais ser inserida no contexto histórico e político no qual está presente. Há ainda um rompimento com a noção de liberdade absoluta antes conferida ao legislativo pela teoria liberal moderna gerando a necessidade de alterações no papel do Estado e dos demais poderes, executivo e judiciário.

Com a transição para o Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a assumir um caráter cada vez mais principiológico possibilitando a sua visualização na realidade. Além disso, a decisão das questões constitucionais passa a ser atribuída ao judiciário principalmente porque neste momento, a nova ordem jurídica pressupõe a concretização dos direitos fundamentais. A partir desta evolução, componentes essenciais são agregados ao modelo estatal.

Por tal motivo é que o Estado Democrático de Direito não é apenas uma soma de elementos dos modelos anteriores, mas sim, como afirma Morais (2014, p. 277) “[...] é o resultado das transformações que o precederam e de suas antíteses atuais”. Ou seja, o Estado Democrático de Direito possui estruturas ainda mais complexas jamais vistas nos modelos estatais anteriores, uma vez que nasce e se desenvolve a partir de uma construção histórica, mas não somente somando as características sejam elas absolutistas, liberais ou sociais, mas sim, possuindo arranjos complexos com particularidades próprias. Relacionando ainda o fato que as democracias contemporâneas em sua maioria, a exemplo do caso brasileiro, são ainda recentes e por tão motivo frágeis, as imposições trazidas por tais complexidades se acentuam de tal maneira que os perigos são ainda maiores nas referidas formas de organização social.

Sem adentrar de forma específica na teoria do autor, interessante é a observação de Mill (1986) no sentido de que o valor de um Estado é a soma dos valores individuais daqueles que o compõem e por isso deve estar restrito às suas funções essenciais, sem inferiorizar os cidadãos e ao mesmo tempo proporcionar lhes oportunidades de crescimento estimulando seu esforço e realização de atividades por conta próprias. Com isso, o Estado é visto como um órgão central de informações e instruções o qual deve agir no limite de suas atribuições sendo que toda restrição de liberdade individual, mesmo que para o bem comum, deve ser pensada e justificada de forma adequada.

Por sua vez, Held (1987) afirma que um Estado e uma sociedade civil para que possam ser considerados como democráticos não são compatíveis com os conjuntos de relações sociais e até mesmo organizações, as quais diante de suas construções possam causar distorções nos resultados esperados de um modelo estatal democrático. Ou seja, um Estado para que possa efetivamente ser considerado democrático não basta possuir as características vistas anteriormente, mas sim, necessita de toda uma estrutura e forma de operacionalização própria.

Verifica-se também que o conceito de Estado Democrático de Direito é amplo, sendo o controle apenas um de seus requisitos basilares, o que é visto por Silva (2005), o qual leciona que embora o controle do poder político seja um elemento importante e indispensável ao Estado Democrático de Direito, este é insuficiente para caracterizar todo o seu conceito. Isso ocorre porque ao restringir a sua caracterização ao controle do poder político dos atos estatais estariam sendo ignoradas todas as características inerentes a sua estrutura política, em especial quanto a legitimidade do poder, o interesse público e ainda a promoção da justiça social.

Com isso, o autor pontua como características essenciais ao modelo democrático de estado o fundamento na soberania popular; a existência de mecanismos de apuração e efetivação da vontade do povo nas decisões políticas; o fato de ser um Estado Constitucional que possua uma constituição legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes; a existência de um órgão guardião da Constituição e seus valores; que possua um sistema de garantias de direitos humanos; possua uma democracia política, social, econômica e cultural; observe o princípio da igualdade; possua órgãos judiciais livres e independentes; observe o princípio da legalidade e por fim, respeite o princípio da segurança jurídica.

Embora a definição trazida por Silva (2005) seja extremamente completa em suas conclusões, é evidente que o modelo de Estado Democrático de Direito possui características bem mais amplas e específicas, sobre as quais não é possível formular um conceito fechado. A partir de tais constatações, as quais considera-se suficiente para este estudo, passa-se a análise específica da relação entre a existência dos mecanismos de controle da administração pública e o Estado Democrático de Direito.

2 O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESAFIOS E POSSIBILIDADES INERENTES AO MODELO ESTATAL

Ao relacionar a importância dos mecanismos de controle com a democracia, Lima (2019), é categórico ao afirmar que “não existe democracia sem controle”. Isso ocorre, segundo ao autor, porque nos regimes democráticos, todo e qualquer governante seja um gestor público, parlamentar, magistrado ou qualquer agente que detenha de uma parcela do poder estatal tem a atividade que realiza sujeita aos mais diversos tipos de controle. Ademais, a própria organização dos estados democráticos prevê mecanismos pelos quais a atividade estatal é controlada possibilitando assim que a atuação dos detentores do poder seja limitada.

Ou seja, para o autor é um dos pressupostos da democracia, a existência de mecanismos de controle da atividade estatal, sendo que neste momento ao falar em controle é no sentido amplo do termo sem especificar qual de suas modalidades, sendo que este é fundamental quaisquer que seja a modalidade analisada, englobando o controle social, interno ou externo, bem como as peculiaridades inerentes a cada uma das modalidades. No mesmo sentido, França (2016) conclui

que para um livre discernimento é um pressuposto democrático de conseqüentemente também é o controle da administração pública pelo fato de que o homem enquanto cidadão possui um papel racional na sociedade.

Qualquer que seja a modalidade de controle ou a definição atribuída a este, conforme anteriormente afirmado, está sujeita a ligação com a administração pública, conforme observa Viana (2019) é inerente a natureza humana negar o controle, seja na vida pessoal, no trabalho ou nas demais relações sociais, o que gera muitas vezes críticas aos mecanismos de controle utilizados em relação a administração pública por mais que estes tenham importância e sejam essenciais para o seu efetivo exercício.

Ao estudar o controle social, Bitencourt e Pase (2015) afirmam que este requer participação e que tal participação somente é possível em estados democráticos que possuam características sociais, culturais, políticas e democráticas possibilitadoras de tal exercício. Além disso, quanto a conexão entre democracia e controle social, a primeira é vista como impulsionadora deste e até mesmo um pressuposto para sua existência. O que se observa em relação a esta constatação, é que as demais modalidades de controle também se aplicam tais postulados, uma vez que outro ponto em comum entre estes é a necessidade de adequação política, cultural e social das sociedades em análise.

Foi visto que o controle é inerente a democracia, ocorre que da mesma forma que foi verificado em relação ao conceito de Estado Democrático de Direito, não há um conceito fechado no que se refere a democracia, bem como existem diversas teorias democráticas que exprimem considerações diversas. Contudo, da forma que passa a ser visto a seguir, entende-se que seja quaisquer o conceito ou a modalidade de democracia que esteja sendo estudada, a existência de mecanismos de controle dos atos da administração pública é essencial e deve estar presente em todas as suas formas.

Habermas (2007) traz considerações fundamentais sobre tal ponto ao comparar os modelos democráticos e suas vantagens e desvantagens, ao afirmar que a comparação entre os modelos de democracia denominados comunitaristas e “liberais”, sendo tal diferenciação mais utilizada nos Estados Unidos, o autor pontua que o modelo republicano tem suas vantagens e desvantagens sendo a principal delas a existência de uma “auto-organização da sociedade” por vias comunicativas e não apenas através de um simples acordo. O modelo possui também suas desvantagens, sendo apontado o fato de que o processo democrático depende essencialmente das virtudes dos cidadãos.

Essa existência de mais de um modelo de democracia, os quais possuem cada um deles suas características próprias e conseqüentemente, vantagens e desvantagens, é que faz com que o controle seja um instrumento de operacionalização dos sistemas, ou seja, é essencial a sua existência. O que está se tentando mostrar neste estudo, é que independente do modelo de democracia e da teoria que está sendo utilizada, alguns pontos são encontrados em comum como a necessidade de controlar as atividades estatais quaisquer que sejam as vias utilizadas de acordo com o contexto fático. Além disso, ao falar em controle, conseqüentemente está intrínseca a necessidade de participação social no momento em que o Estado não funciona sozinho de forma isolada da sociedade.

No que se refere a gestão compartilhada dos interesses públicos entre Estado e sociedade, Leal (2006) afirma que no espaço institucional de um Estado Democrático de Direito surgem oportunidades privilegiadas para o fomento e articulação de condições objetivas que possibilitem uma maior interlocução social sobre todos os temas, sendo que neste contexto não há nenhum meio em que seja possível falar em “não-participantes” na medida em que todos os membros de determinada sociedade passam a ter seu lugar no discurso ainda que de modos distintos.

Sobre tal aspecto, Queiroz (2013) afirma que é justamente nas formas participativas de democracia, que os institutos da representação política aumentam os preceitos democráticos, incorporando os cidadãos enquanto efetivos atores políticos, tornando-os próximos das estruturas governamentais, o que por sua vez possibilita o exercício de um efetivo controle cidadão. O controle pressupõe a participação cidadã seja qual for de suas modalidades, o que é possibilitado por um ambiente participativo e democrático.

No mesmo sentido é a conclusão de Coimbra (2006) ao aduzir que a atividade estatal, a exemplo da financeira, na concepção de um Estado Democrático de Direito precisa ser objeto de permanente controle na medida em que enquanto detentor do poder e destinatário dos recursos públicos, os cidadãos tem direito a verificar se estes estão sendo ou não aplicados de forma correta sem que haja irregularidades ou deturpação da atividade administrativa, o que somente pode ser realizado por meio de um efetivo e permanente sistema de controle.

Ademais, no momento em que se verificou ser evidente a necessidade de controle no sistema democrático, é preciso ter a concepção clara de que a democracia é um processo em estágio de constante desenvolvimento, diante de tal característica Bitencourt e Pase (2015) concluem um estudo sobre democracia e controle social ressaltando que o processo de desenvolvimento democrático está intimamente relacionado com os processos de democratização e transformação das sociedades. E esse processo, conforme afirmado anteriormente, é longo e depende dentre outros fatores, da linguagem e da comunicação política que englobe a atuação cidadã e a interação dos valores sociais e das instituições políticas. Para que isso ocorra, é imprescindível que seja possibilitado o acesso aos cidadãos a esfera política sendo uma das fontes de aproximação a linguagem que por sua vez deve estar codificada de forma compreensível.

Assim, para Bitencourt e Pase (2015), a administração pública para poder ser considerada como democrática pressupõe a existência da maior participação social possível, devendo esta ser legítima, ou seja, adquirida por meio de ações comunicativas e permanentes, podendo até mesmo existir conflitos em tal relação, mas sempre permeada pela crítica constante e existência de mecanismos de controle. Novamente, cabe uma observação que tais características por serem inerentes ao contexto democrático, não são exclusividade de determinado modelo de democracia, uma vez que enquanto pressupostos basilares são inerentes a toda e qualquer sociedade tida como democrática.

Para que tal controle e participação social seja possível, é preciso, segundo Friedrich e Sbardelotto (2016) que haja a transparência dos atos públicos, a qual constitui um elemento essencial na formação democrática, podendo considerar que seja possível falar em um Estado

Democrático de Direito, a transparência de todos os atos públicos deve estar presente como algo cultural. Assim, para que haja a construção da confiança nas instituições democráticas deve se trazer a público a gestão dos interesses públicos.

O que se pode concluir diante de tal investigação quanto a relação entre controle da administração pública e o contexto do Estado Democrático de Direito é que um depende da existência do outro, ou seja, o controle é um dos pressupostos basilares dos regimes democráticos ao mesmo tempo em que estes só podem ser mantidos se houverem instrumentos eficazes para controlar a atividade estatal. A partir de tais considerações preliminares, passa-se a analisar a realidade brasileira com o objetivo de verificar quais modalidades de controle estão a disposição no Brasil destacando sua previsão normativa e importância.

3 A INSTITUIÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA

Em relação à realidade brasileira, observam Souza e Oliveira Junior, (2017) que a atual situação democrática atual surgiu após uma série de situações adversas tanto políticas como sociais, por exemplo ditaduras e golpes, as quais fizeram com o que o cidadão brasileiro, ao menos em teoria, tivesse um amadurecimento quanto a importância das conquistas de instituições republicanas que devem seguir uma linha democrática e transparente.

Ainda sobre a necessidade da transparência das instituições públicas no contexto democrático, Blanchet (2019) afirma que a publicidade e a comunicação dos atos da administração pública são de tamanha importância que passam a ser considerados enquanto pressupostos de legitimidade do Estado. Além disso, mesmo diante de eventuais discordâncias na relação Estado e cidadão, o acesso a informação deriva de uma concepção de transparência, a qual possibilita o controle social e participativo de todos os membros de determinada sociedade.

Além disso, em complementação a tal observação, Souza e Souza (2017) afirmam que tanto as leis como o legislativo sempre ocuparam um lugar de destaque nas teorias da democracia do pensamento político ocidental tendo em conta que a lei, para tais pensadores, é compreendida enquanto a expressão da vontade coletiva dos cidadãos enquanto que o poder legislativo é atribuído ao povo e seus representantes. Na realidade brasileira, tal afirmação pode ser claramente percebida na Constituição Federal de 1988, o qual teve a pretensão de, nas palavras dos autores, “reinsérer” ou de forma mais precisa “insérer” o país, em virtude de todo o seu histórico, na “normalidade institucional” da democracia (Brasil, 1988).

Sobre a democracia brasileira, após uma extensa análise doutrinária, Rouanet (2011, p. 62) afirma que “[...] a teoria da democracia deliberativa, especialmente em suas versões rawlsianas e habermasianas combinadas, fornece o melhor modelo para se abordar a questão e ajudar o Brasil a se tornar uma democracia constitucional bem-ordenada, ou pelo menos a se aproximar disso”. Ou seja, também não existem definições concretas sobre o modelo a ser adotado pelo Brasil, o que se

sabe é que a democracia brasileira é recente e isto faz com que sejam necessários esforços ainda maiores para sua concretização e manutenção quando comparada com países os quais possuem uma sólida tradição democrática.

É por tal razão que o controle da administração pública é um requisito fundamental, sendo que conforme propõe França (2016), o Estado possui de forma efetiva mecanismos para controlar a administração pública sendo necessárias apenas adequações a utilização das ferramentas que já se encontram disponíveis. Ademais, completa o autor que o poder de controle é um dever diante da obrigatoriedade de seu exercício e natureza integradora. Ao mesmo tempo em que é considerado um poder-dever inserido na ideia de tutela da ordem jurídica, possui fundamental importância no contexto do constitucionalismo moderno.

No Brasil, dentre as modalidades de controle existentes, destacam-se o controle social, controle interno e controle externo, os quais serão analisados ainda que brevemente destacando o seu papel desempenhado na realidade brasileira. Em comum, é possível destacar que as modalidades de controle passaram a ser aprimoradas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, conforme mencionado anteriormente, em um cenário de redemocratização do país trouxe significativos avanços políticos e sociais, englobando alterações estruturais na administração pública. Assim, é a previsão do art. 37 do texto constitucional, o qual dispõe expressamente que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Em relação aos modos de exercício do controle da administração pública, o que pode ser observado é que estes também podem ser adotados de maneira isolada ou conjunta, ou seja, ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno de seus atos além do controle externo, bem como estes podem ser adotados de forma isolada.

Necessário observar também a distinção proposta por Perez ([2019]) em relação às modalidades de controle interno e externo da administração pública de maneira que o primeiro também denominado poder de autocontrole e é compreendido como sendo o dever da administração pública de anular os seus atos caso estes não sejam praticados de acordo com as normas pré-estabelecidas. Tal meio de controle engloba os instrumentos utilizados pela administração centralizada sobre as autarquias, fundações e também empresas estatais. Por sua vez, o controle externo na definição do autor, é aquele compreendido tanto ao controle do poder legislativo sobre a administração como também ao controle jurisdicional sendo que o sistema brasileiro adota a unicidade de jurisdição seguindo o modelo norte-americano.

Ainda que possuam conceitos e características diferenciadas, as modalidades de controle interno e externo relacionam-se entre si, sobre este ponto, Malafaia (2011) afirma que o controle externo necessariamente precisa estar conectado com o controle interno na perspectiva de obrigações em via dupla no momento em que ambos se apoiam mutuamente. Apesar de o controle interno ser independente deve fomentar as práticas de controle externo com base nos dados encontrados por

meio deste havendo assim uma relação recíproca de cooperação.

Em busca de uma definição mais precisa do que vem a ser o controle externo, objeto deste estudo, interessante verificar o conceito que consta na página do Senado Federal, o qual estabelece que o controle externo pode ser compreendido como sendo “a fiscalização exercida pelo Congresso Nacional sobre os atos e atividades da administração pública” com o objetivo de evita que tais atos se desviem das normas legais previamente estabelecidas. Assim, abrange o controle externo as fiscalizações contábil, financeira orçamentária, operacional e também patrimonial. Cumpre salientar que o controle externo objetiva verificar não somente a legalidade dos atos, mas também a sua legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e ainda a renúncia de receitas, ou seja, o controle externo da administração pública possui um amplo rol de formas de atuação e possibilidades de exercício (Brasil, [2019]).

Ainda segundo a definição apresentada no referido site, o controle externo trata-se de um controle político por excelência das atividades do Estado, exercido pelo Poder Legislativo, o qual objetiva a comprovação da probidade dos atos da administração, além da regularidade dos gastos e o correto emprego dos bens, valores e do dinheiro público como um todo. Por fim, é referido que no Brasil, “o controle externo exercido pelo Poder Legislativo conta com o auxílio pelo Tribunal de Contas da União”.

Mesmo que de maneira objetiva, necessário conceituar também o controle social, o qual pode ser entendido como a participação da sociedade no acompanhamento das ações estatais avaliando os seus objetivos, processos e resultados atuando de forma de maneira conjunta, ou seja, é a fiscalização e o monitoramento por parte da sociedade como forma de controle das ações da administração pública, destacando aqui a participação popular no acompanhamento das políticas públicas. Além disso, segundo conta no site da Controladoria Geral da União (2012), o controle social público é uma das maneiras de compartilhamento do poder entre o Estado e a sociedade, por meio de ações e fiscalização conjuntas objetivando uma finalidade em comum.

Conforme afirma Rocha (2003), seja qual for a modalidade de controle, este pode ser considerado, pelo motivos exposto até o momento, como uma parte integrante e essencial em todo e qualquer processo de bens e serviços tendo como busca a obtenção dos melhores resultados da organização na qual está inserido. A afirmação de Rocha remonta a noção de que nenhuma das modalidades de controle seja externo, interno ou social pode ser concebida de forma isolada, de modo que seu estudo e aplicação se torna mais efetivo quando visto em conjunto.

Para o autor, o controle contribui de forma efetiva desde que atue concomitantemente durante todas as etapas dos processos de produção podendo assim corrigir eventuais falhas que venham a ser encontradas, ou seja, o controle não é somente posterior a ocorrência do ilícito, mas sim, possui função preventiva buscando evitar que estes ocorram. Ou seja, depreende-se que a atividade de controlar os atos da administração pública não é restrita a identificação de ilícitos, apuração de responsabilidade e aplicação de sanções, mas sim, deve ocorrer ainda de forma preventiva evitando que os atos ocorram.

Entende-se que tal função é de extrema relevância no momento que ao prevenir sua ocorrência,

a administração pode operar em conformidade com os dispositivos legais bem como aumentar a sua eficiência, o que por sua vez possui estreita relação com o controle dos gastos públicos e com a atividade administrativa como um todo. Denota-se com isso, que a realidade brasileira é favorável ao menos quanto a existência de mecanismos de controle a disposição da sociedade, bem como possui uma legislação específica sobre a temática sendo necessário assim, sua efetiva utilização.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo realizar um estudo sobre a necessidade de controle dos atos da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito, a fim de verificar as possibilidades e os desafios impostos. Assim, o tema da pesquisa foi relacionado ao controle da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito tendo como delimitação temática o foco nos mecanismos de controle aplicáveis a esta sobretudo na realidade brasileira.

Para realização do estudo, este foi dividido em três partes, sendo que em um primeiro momento foram abordados os aspectos do Estado Democrático de Direito trazendo suas principais características e marcos históricos, além da definição dos pressupostos para concretização com base em um estudo doutrinário. Sobre este ponto, cumpre destacar a importância histórica que teve a Revolução Francesa, a qual rompeu com os paradigmas de um Estado até então absolutista de maneira que o direito na figura da lei passou a ter um papel fundamental principalmente no que tange às limitações do poder governamental.

Após, foi realizada uma abordagem objetiva quanto a relação dos mecanismos de controle da administração pública com a sua importância democrática, tendo em conta que, apesar de os mecanismos de controle não serem por si só indutores de políticas públicas, estes podem ser compreendidos enquanto um meio de fiscalização da atividade administrativa. Neste tópico, o destaque é no sentido de que, com base nas leituras realizadas, vislumbrou-se que o controle dos atos da administração pública pode ser visto como um dos pressupostos basilares do Estado Democrático de Direito ao mesmo tempo em que é tão somente em sociedades efetivamente democráticas que o controle pode ser instaurado de forma plena.

Ademais, outro desafio é justamente definir qual sociedade pode ser considerada como democrática diante das complexidades estruturais e normativas que permeiam a própria definição de democracia. O que pode ser afirmado é que o controle dos atos da administração pública serve justamente como um instrumento a mais de promoção da democracia e consolidação de seus valores contribuindo para a sua melhor efetivação.

Por fim, foram estudadas as modalidades de controle da administração pública seja por meio do controle social, interno e externo com foco na realidade brasileira confirmando o que foi trazido inicialmente no que se refere a impossibilidade de comparação objetiva dos sistemas de controle em diferentes países tendo vista que cada país possui sua própria legislação e sistemas distintos.

Também, foi confirmado que os mecanismos de controle da administração pública podem ser vistos como a garantia da efetividade das conquistas alcançadas por meio do modelo democrático, o qual é resultado de um longo processo histórico, representado no Brasil com os avanços trazidos na Constituição Federal de 1988 e posterior legislação infraconstitucional sobre a temática.

Com isso, passa-se a responder o problema de pesquisa, o qual, considerando as complexidades estruturais e normativas impostas pelo modelo de Estado Democrático de Direito e os novos desafios que são impostos à administração pública, questionou: qual a relevância dos mecanismos de controle da administração pública no contexto do Estado Democrático de Direito?

Confirmando a hipótese trazida na introdução do trabalho, entende-se que os mecanismos de controle da administração pública são de extrema relevância de maneira que devem ser adotados de forma conjunta seja por meio do controle social, interno ou externo, utilizando para isso a instituição de instrumentos conjuntos entre Estado e sociedade. Ademais, a conclusão é no sentido de que o controle, quaisquer que seja sua modalidade, é uma parte essencial ao Estado Democrático de Direito. O controle dos atos da administração pública pode ser considerado inclusive como um de seus pressupostos na medida em que a democracia necessita da constante observância dos atos da administração pública, que por sua vez são observados por meio dos mecanismos de controle.

Além disso, especificamente quanto a realidade brasileira, foi possível verificar que o Brasil possui mecanismos, ao menos de forma abstrata, eficazes para o exercício do controle dos atos da administração pública tendo em conta a previsão constitucional que traz de forma expressa os princípios a serem seguidos pela administração pública sendo eles o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, o país possui leis infraconstitucionais que garantem a possibilidade do exercício do controle social, interno e externo. De forma prática, a pesquisa demandaria um estudo mais aprofundado, inclusive por meio de estudos de caso, o que não foi o foco neste momento, sendo que futuramente objetiva-se realizar estudos mais completos quanto aos temas trabalhos incluindo estudos de casos específicos e ainda jurisprudenciais com a finalidade de verificar se o que foi constatado na teoria está sendo empregado de forma prática.

Diante do exposto, conclui-se que o controle dos atos da administração pública tem como relevância justamente o fato de ser um dos pressupostos basilares para concretização do Estado Democrático de Direito ao mesmo tempo em que é somente nas sociedades democráticas que é possibilitado o exercício do controle da atividade estatal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

BLANCHET, Luiz Alberto. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, jul. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897>. Acesso em: 4 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 dez. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Controle social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. Brasília, DF: Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, 2012. (Coleção Olho Vivo). Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/controlsocial2012.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Controle externo**. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/control-externo>. Acesso em: 23 dez. 2019.

COIMBRA, Fábio Magrinelli. Estado Democrático de Direito e controle da atividade estatal: breves notas sobre a Controladoria-Geral da União. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, v. 7, n. 8, jun. 2006.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública**: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; SBARDELOTTO, Fábio. A transparência e o dever de informação na lei anticorrupção brasileira. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1., 2016, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2016.

GARCÍA ROJAS, José Adrián. Participación política y democracia representativa. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/13069>. Acesso em: 10 dez. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/>. Acesso em: 1 dez. 2019.

MALAFAIA, Fernando César Benevenuto. **Controle social e controle externo podem**

- interagir?** avaliação as práticas do TCE-TO no estímulo a participação cidadã. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de administração pública e de empresas, Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.
- MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Madrid: Alianza, 1986.
- MORAIS, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 51, n. 204, out./dez. 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da administração pública no Brasil: um breve resumo sobre o tema. **FORUM**, Belo Horizonte, [2019]. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/controle-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>. Acesso em 23 dez. 2019.
- QUEIROZ, Lanuse da Silva. **A crise da democracia representativa: da corrupção e fragilidade das instituições políticas à falta de confiança dos cidadãos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.
- ROCHA, Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 40 n. 157, jan./mar. 2003.
- ROUANET, Luis Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 1, jan./abr. 2011.
- SILVA, Enio Moraes. O Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 42, n. 167, jul./set. 2005.
- SOUZA, Cristiane Fernandes; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes. Direito e democracia: o significado das leis e do legislativo na teoria da democracia. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 51, jul. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7784>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- SOUZA, Leonardo da Rocha; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Democracia deliberativa e corrupção: a busca pelo agir comunicativo no poder público. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p.126-153, jul. 2017.
- VIANA, Ismar. **Fundamentos do processo de controle externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Recebido em: 04/04/2020

Aceito em: 26/07/2023

BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS - ASPECTOS JURÍDICOS

TEIXEIRA, Carlos Alexandre; TEIXEIRA, Tarcísio. **Blockchain e criptomoedas: aspectos jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

Weslhey Santiago*

A obra *Blockchain e Criptomoedas* trata de assunto inovador e essencial na atualidade, em razão do surgimento das moedas virtuais e suas implicações jurídicas. Não é só direcionado para aqueles que realizam transações com criptomoedas, mas também para o Direito negocial, com utilização dos contratos inteligentes, automáticos. Noutra giro, apresenta possível utilização da *Blockchain* pela administração pública, nos seus sistemas internos.

Em 2008, após eclodir a crise no *Lehman Brothers*, banco global de investimentos, um programador de computador, Satoshi Nakamoto, inovou ao criar nova moeda, a qual não estaria sujeita as políticas monetárias dos Governos e tampouco, fosse manipulada por banqueiros e políticos.

Essa moeda digital foi chamada de *bitcons*, totalmente revolucionária, ao deixar de confiar em instituições financeiras e passar a confiar matematicamente em programas de computador e *softwares*.

Segundo o autor, a ideia inicialmente proposta consistia em descentralizar a confiança, deslocando-a para a criptografia, distribuída entre vários “nós” da rede; Negociação direta entre as partes, sem intermediários; Irreversibilidade da operação. Assim, pontua com precisão que em tese, dois problemas seriam resolvidos: a) Validação das operações, pois os próprios usuários certificariam que cada operação ocorreu e que foi realizada apenas uma vez; b) Imutabilidade das transações, com dados em um registro público, em que todos os “nós” teriam acesso, permanecendo para sempre registrada, ou seja, todos os usuários poderiam manter uma cópia dos arquivos atualizados, sempre em tempo real e não centralizada em uma autoridade central.

Foi com isso que surgiu o *Blockchain*, pois era necessário o desenvolvimento de um sistema que essa confiabilidade nas transações.

Na concepção de Teixeira, o *Blockchain* é conceituado como um grande livro contábil público, descentralizado, com registro de todas as operações ocorridas na rede, previamente validada pelos próprios usuários, com potencial de modificar vários setores da economia, em razão de sua aplicabilidade em agrupamento de operações em bloco.

Tecnicamente isso é possível e com o fornecimento de anonimato necessário para proteger os particulares. Igualmente, a probabilidade de fraude é extremamente pequena, pois as operações funcionam em blocos sequenciados, de forma que para alterar o “bloco pai” implica na alteração do “bloco filho”, além disso, a validação das operações é realizada com a resolução de problemas matemáticos com equações de difícil solução, recebendo o que soluciona primeiro, uma pequena

* Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogado. Especialista em Direito Tributário. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SE. Atualmente é Discente do Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Email: weslhey@hotmail.com

taxa das operações, chamado de “incentivo”, para o funcionamento de todo o sistema.

Os autores ressaltam que o potencial disruptivo da tecnologia baseada no *blockchain* é tão grande que se discute a viabilidade das negociações com utilização dos “contratos inteligentes”, ou seja, um contrato efetivado sem qualquer participação humana, sem falhas e sem riscos.

O “contrato inteligente” seria executado por meio de algoritmo, na qual, implementada determinada condição, as consequências já estariam previstas no algoritmo e seriam automaticamente efetivadas, não dependendo de um terceiro para avaliar, impedindo, em tese, a análise de variáveis.

A *blockchain* entraria com o modo de formalização desses contratos que se daria com o uso de *token* (representação digital do ativo). Por exemplo, no caso do *bitcoins*, as partes poderiam ajudar a entrega de um ativo, com cláusulas programáveis, cuja verificação de sua ocorrência seja objetiva e não dependa de terceiro. Satisfeita a condição, a transferência do ativo ocorreria automaticamente, sem participação de qualquer intermediário.

Dois aspectos devem ser objeto de cuidado. A primeira é que embora o algoritmo seja autônomo, a sua criação é proveniente do ser humano. Assim, o criador pode ter sido tendencioso, de maneira que o algoritmo não será imparcial, gerando consequências para execução do contrato. A segunda é que a tecnologia não suportaria os contratos completos, dada as inúmeras particularidades, se resumindo aos básicos.

Ponto importante ressaltado pelos escritores é a proteção de dados nos contratos inteligentes, para que não haja disponibilização das informações nele contida, tema de grande preocupação entre as nações, havendo um movimento crescente em normatizar o acesso os dados das pessoas por empresas e governos.

Discorrem os autores que a tecnologia *blockchain* também poderia ser utilizada na proteção, pois os dados deixariam de ser armazenados em um banco de dados, sob controle de uma empresa e passariam a ser armazenado em um banco de dados público. Os contratantes, titulares dos seus dados, liberariam aqueles que fossem necessários para cada operação, mediante uma chave privada, passível de ser rastreado quem viu cada informação, quando viu e qual a finalidade.

Ao final do capítulo, o autor esclarece que os contratos inteligentes também podem ser utilizados pela administração pública, decorrente de licitação ou ainda, quando os firmam se equiparando em direitos e obrigações ao particular. A utilização destes contratos com tecnologia *blockchain* traz menos custo, mais segurança, gestão descentralizada, com redução da burocracia que é fortemente presente nas autarquias e repartições do país. Por outro lado, qualquer tentativa de adulteração, pode ser investigada.

Recebido: 22/10/2021

Aceito: 22/10/2021

DIREITO EM TELA: PARA ENGENHEIROS, MILITARES & AFINS.

MOHI, Munir. **Direito em tela:** para engenheiros, militares e afins. São Paulo: dialética, 2021.

Carlos Alberto Leite*

O livro de Mohi é uma obra destinada, prioritariamente, aos futuros engenheiros formados pelo Instituto Militar de Engenharia (IME), civis e militares, mas com alcance também aos profissionais formados em todas as áreas do conhecimento, por ser uma leitura agradável e de fácil compreensão.

Sua produção se centra em 06 (seis) densos capítulos que abarcam, de maneira objetiva, as seguintes áreas do direito: Introdução Geral do Direito, Teoria Geral do Estado (TGE), Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal Militar, Direito Administrativo e suas respectivas ramificações, com substancial suporte bibliográfico.

No capítulo 1 – Introdução Geral do Direito - o autor demarca *uma* definição de direito que nos permite entender, mesmo àqueles que nunca leram uma produção jurídica: o direito é uma ciência jurídica, de cunho sociocultural, que se integra às demais ciências e áreas do conhecimento, delas, o direito demanda um aporte instrumental e de competências que aspira à *elucidação de ilícitos e à solução de conflitos a serem pacificados*.

Nesse capítulo sua obra se debruça sobre Direito e Religião, Direito e Ideologia, Direito e Ciências, Direito e Filosofia, Lógica e Matemática, a virtude, a questão da moral e da verdade, com exemplos envolvendo o profissional de engenharia, e outras questões afetas à Ciência Jurídica.

No capítulo seguinte – TGE - o professor Mohi, entre outras abordagens, toca nos elementos constitutivos do Estado: população, território e governo (soberano), de modo muito apropriado na medida em que alguns doutrinadores do direito consideram a soberania como quarto elemento, no entanto, esta é uma qualidade essencial do Estado, e não *um elemento*, portanto, o *governo* já absorve a ideia de soberania, pois não faz sentido dizer que o governo é soberano, falar o óbvio, tratar-se-ia de uma espécie de *construção tautológica*. De igual modo, o autor pontua a diferença entre população e povo, aquela diz respeito aos nacionais e estrangeiros que habitam a mesma territorialidade, por outro lado, povo indica somente os nacionais, brasileiros natos e naturalizados, portanto, como alguns autores colocam o *elemento povo* em detrimento do *elemento população* significa limitar, no conjunto, os elementos que constituem o Estado.

Nesse mesmo prumo, o autor destaca os Sistemas e Regimes de Governo, Formas de Governo e de Estado, destacando como uma das formas impuras a DEMAGOGIA, esta como CORRUPÇÃO DA DEMOCRACIA, portanto, a preocupação do professor Mohi em destacar precisamente *esta impureza* é assunto que a sociedade, de modo republicano e transparente, deve preocupar-se para que o País não tenha mais retrocessos do que já vem tendo, *exempli gratia*: refiro-me ao recente processo de desconstrução da Lei de Improbidade Administrativa.

O capítulo terceiro tem sua essência centrada no Direito Constitucional, de modo que perpassa as Constituições: 1824 (outorgada), 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a de 1988, esta cimentada pela principiologia, pelos direitos e garantias fundamentais, com centro de gravidade no art. 5º.

Em particular o autor teoriza sobre o princípio da igualdade, colocando no debate a Pirâmide das Necessidades de Maslow. Não menos importante, a mente aguçada do autor destaca as Funções Essenciais à Justiça – Ministério Público (MP), Advocacia Pública e Privada, e Defensoria Pública

* Doutorando em Estudos Estratégicos pela Universidade Federal Fluminense (UFF);

Mestre em Políticas Públicas em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Autor do livro: Direito Internacional dos Refugiados e Políticas Públicas no Rio de Janeiro. Email: vsml62@hotmail.com

(DP), que, em primeira instância, zelam pela Justiça, levando, quando preciso, ao Estado-Juiz as questões a serem pacificadas. Semelhantemente, o autor expõe as famosas Gerações de Direitos e principalmente realça a fundamental relevância dos Direitos Humanos, mormente em um Estado em que insiste em ser carente em *direitos humanos* no sentido de descuidar-se dos hipossuficientes, com cerca de 20 milhões de *(sub)humanos* que passam fome, 15 milhões de desempregados (IBGE, 2021) atormentados por uma inflação de cerca de 10%, portanto, em um processo de desconstrução da *Era dos Direitos* (Bobbio, 2004), e na contramão do que Lynn Hunt (2009) prega na sua *Invenção dos Direitos Humanos*, nessa perspectiva, culminando em uma reinterpretação *Da Violência* de Arendt (2004), na medida em que no Brasil não vigoram guerras e revoluções no sentido clausewitziano e marxista, mas sim outro tipo de guerra: da sobrevivência diária por parte desse universo de *despossuídos*.

Nesse capítulo o autor ainda discute a eterna problemática da corrupção brasileira, muito atual, diga-se de passagem, um cancro que inviabiliza o Estado propiciar, minimamente, direitos humanos aos que sofrem pelos gestores desumanos, haja vista os mais de 420 bilhões que o Governo Federal repassou aos entes subnacionais em 2020 para o combate à COVID (Gov.br, 2021), mas o processo de *accountability* foi, *ab initio*, desconstruído pela cúpula da CPI da COVID em 2021, e o que é pior: a sociedade omissa não exerceu sua plena soberania na cobrança da responsabilização *in totum* dos (ir)responsáveis pelas mais de 600 mil mortes, portanto, tudo isso passa pelo (des) processo de direitos (des)humanos da sociedade nacional, que, em certo sentido, o livro pretende alcançar.

No capítulo 4 – Direitos Civis – o autor perpassa pelos principais conceitos desse ramo, debruçando-se sobre a responsabilidade civil do Estado, fundamental para entender-se até aonde o ente estatal tem sua responsabilidade, portanto, discute a responsabilidade objetiva do ente estatal.

O capítulo 5 visa ao Direito Penal Militar, pois o Instituto forma, gradua e qualifica, no mais alto nível, mestrado e doutorado, não apenas militares, mas também civis à sociedade, *ipso facto*, natural que o capítulo tenha sua originalidade nesse ramo específico da dogmática penal, no entanto, a sagacidade do professor Mohi desloca o centro do seu estudo também para o direito penal comum.

Nessa dinâmica epistemológica, o autor demarca os principais incisos do art. 5º da Carta Política, destacando-se, entre outros tantos, os princípios do contraditório e da ampla defesa, da irretroatividade da lei penal mais severa, da legalidade.

Na essência do crime, destacam-se: a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, explicados didaticamente, bem como aborda os conceitos de estado de necessidade, inexigibilidade de conduta adversa, e, em particular, finalmente, mergulha no direito penal militar, cujos diplomas legais são o Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), definindo crimes militares em tempo de guerra. Por último, adentra pela constituição da Justiça Militar, com suas duas instâncias – as auditorias militares e o STM –, o que permite celeridade aos julgamentos dos crimes militares.

Por derradeiro, o professor Mohi estuda o Direito Administrativo no Capítulo 6. Nesse sentido, sua obra interpreta, entre outras temáticas: Ética na Administração – objeto de estudo exigido para os administradores públicos em todas as instâncias do Estado, seja nas repartições militares ou civis, mormente na atual quadra em que a *política da rachadinha* volta à discussão na sociedade. Elenca os princípios da administração positivados no art. 37 da CF – moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e da legalidade –, os quais desde 05 de outubro de 1988 estão como enfeite na CF, pois se assiste há mais de 30 anos à construção do prefixo *anti* nesses princípios, cujo resultado da dialética é a falta de recursos públicos para instrumentalidade das Políticas Públicas, mormente as que exigem a prestação dos direitos sociais positivados na Cartinha (art. 6º, em particular).

Portanto, tenho absoluta convicção de que a magnífica obra de Munir Mohi, composta por

506 (quinhentas e seis) páginas, com foco tangencial na questão axiológica, dará um entendimento seguro não só para os engenheiros, mas aos profissionais de outros saberes.

Recebido em: 12/11/2021

Aprovado em: 12/11/2022